Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß

von

Dr. Ernst Siegel.



Verlag von Gustav Fischer in Jena.
1904.

Diese Abhandlung bildet zugleich das zweite Heft des zwölften Bandes der „Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches. In zwanglosen Heften herausgegeben von Dr. Otto Fischer, Professor der Rechte an der Universität Breslau“. Vgl. auch die Rückseite des Umschlags.

Abhandlungen

zum

Privatrecht und Civilprozeß

des

Deutschen Reiches.

In zwanglosen Heften

herausgegeben von

Dr. Otto Fischer
Professor der Rechte an der Universität Breslau.

Zwölfter Band.
Zweites Heft.

Verlag von Gustav Fischer in Jena.
1904.

Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß

von

Dr. Ernst Siegel.



Verlag von Gustav Fischer in Jena.
1904.


Ex
Biblioth. Regia
Berolinensi.

Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn Professor Dr. Friedrich Stein

in Halle

in aufrichtiger Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

3. Kapitel.

Das Verfahren zur Durchsetzung des prozessualen Vorlegungsanspruchs.

1. Abschnitt.

Der Vorlegungsantrag und die darauf ergehende Entscheidung.

2. Abschnitt.

Der Vorlegungseid und die Verletzung des prozessualen Vorlegungsanspruchs durch den Gegner.

3. Abschnitt.

Das Vorlegungsverfahren gegen den Dritten.

Seite

4. Kapitel.

Gemeinsames für den materiellen und prozessualen Vorlegungsanspruch.

1. Abschnitt.

Internationales Recht und Uebergangsfragen.

2. Abschnitt.

Rechtskraft gegen Dritte und Zwangsvollstreckung.

3. Abschnitt.

Der Vorlegungsanspruch im Konkurs.

Abkürzungen.

Die Abkürzungen sind die allgemein üblichen.

J.W. = Juristische Wochenschrift.
S.A. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
a. a. e. = actio ad exhibendum.
iud. dir. = iudicium directum.
§ 431, 2 = § 431 Absatz 2.

Die bekannten Kommentare und systematischen Darstellungen der C.P.O. und des B.G.B. sind nur mit den Namen ihrer Verfasser citiert, und zwar von den Kommentaren zur C.P.O.

Gaupp-Stein, Petersen-Anger, Reincke nach der 4. Auflage.
Seuffert, Struckmann-Koch nach der 8. Auflage.
Wilmowski-Levy nach der 7. Auflage.

Planck, Lb. bedeutet das Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts von J. W. Planck.

Planck, B.G.B. den Kommentar zum B.G.B. von G. Planck, Achilles ꝛc.

Im ganzen Verlauf der Abhandlung bedeuten

Apt, Demelius, Dierschke, Goldschmidt, Huggenberger, Kohler, Schliemann die § 3 Anm. 6, § 3 Anm. 3, § 17 Anm. 2, § 9 Anm. 2, § 3 Anm. 9, § 3 Anm. 13, § 22 Anm. 1 citierten Monographieen dieser Schriftsteller.

---

§ 1.

Einleitung.

I. Die nachstehende Abhandlung ist der Pflicht zur Urkundenvorlegung im Prozeß gewidmet. Der sog. Editionspflicht pflegte bereits vor dem 1. Januar 1900 in den Kommentaren zur Civilprozeßordnung ein breiterer Raum gegönnt zu werden, und für eine erneute Bearbeitung ist ein gewisser äußerer Anlaß gegeben, da bisher auf diesem Gebiete bei dem innigen Zusammenhang von materiellem und prozessualem Recht völlige Rechtseinheit nicht erzielt werden konnte, diese vielmehr der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches und der damit verbundenen Aenderung der Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 vorbehalten blieb.

Während nach der alten C.P.O. für die Vorlegungspflicht im Prozesse, abgesehen von dem Grunde der Bezugnahme (§ 388), maßgebend war, entweder ob der Beweisführer nach den Vorschriften des — partikularen — bürgerlichen Rechts Herausgabe oder Vorlegung auch außerhalb des Prozesses verlangen konnte (§ 387 Nr. 1) oder ob die Urkunde „gemeinschaftlich“ war (§ 387 Nr. 2), verweist jetzt der dem § 387 entsprechende § 422 in seiner ihm durch die Novelle gegebenen Fassung einfach auf die Vorschriften des — einheitlichen — bürgerlichen Rechts, eine unscheinbare, aber nicht bedeutungslose Aenderung.

Wenn im folgenden die Vorlegung von Urkunden, die sich nicht in der Hand des Beweisführers befinden, dargestellt

wird, so soll dabei hauptsächlich der Anspruch auf Vorlegung ins Auge gefaßt und der Unterschied des prozessualen und außerprozessualen Vorlegungsanspruchs hervorgehoben, auch sonst auf einige Besonderheiten hingewiesen werden, die sich bei Geltendmachung des Anspruches im Prozeß ergeben.

II. Das 2. Buch der C.P.O. behandelt im 9. Titel des 1. Abschnittes (§§ 415—444) den Beweis durch Urkunden. Beim Urkundenbeweis soll die Urkunde nicht sowohl in ihrer äußeren Gestalt als Augenscheinsobjekt, als vornehmlich durch ihren gedanklichen Inhalt, dessen Trägerin sie ist, auf die Ueberzeugung des Richters wirken. Sofern die Urkunden, deren Vorlegung die beweisführende Partei wünscht, sich in ihren Händen befinden (§ 420)[1]) oder von selbst vom Gegner vorgelegt werden, macht die Antretung des Urkundenbeweises keine Schwierigkeit. Eine Verwicklung und damit ein besonderes auf die Vorlegung von Urkunden gerichtetes Verfahren tritt erst ein, wenn der Beweisführer nicht in der Lage ist, die Urkunde vorzulegen (zu „produzieren" in der Ausdrucksweise des gemeinen Prozesses), sei es, daß sich die Urkunde bei einem nicht ohne weiteres vorlegungsbereiten Gegner oder einer anderen Person befindet.

Dieses besondere Verfahren innerhalb eines anhängigen Prozesses wird „Editionsverfahren" genannt; da die C.P.O. und nunmehr auch das B.G.B. im 23. Titel des 2. Buches stets von „Vorlegung" spricht, erscheint es angemessen, für Editionsverfahren und die sonst damit zusammenhängenden Bezeichnungen im allgemeinen den Ausdruck „Vorlegungsverfahren" und die entsprechenden deutschen Bezeichnungen anzuwenden; die Gefahr einer Verwechselung erscheint nicht gegeben, wenn auch das B.G.B. (in der Ueberschrift des 23.

1) Paragraphen ohne Zusatz sind die der C.P.O.; §§ 809, 810 und 811 ohne Zusatz bedeuten §§ 809, 810 und 811 B.G.B.

Titels sowie in § 811) unter „Vorlegung“ sowohl die Vorlegung gewöhnlicher Sachen als auch die von Urkunden begreift, da im Prozeß ein „Vorlegungsverfahren“, ein „Vorlegungsantrag“ nur in Bezug auf Urkunden besteht[2]) und selbst unter dem Ausdruck „Vorlegung“ meist die von Urkunden gemeint ist, auch sonst bei dem bloßen Ausdruck „Vorlegung“ meist der Zusammenhang das Erforderliche ergibt.

Das Vorlegungsverfahren ist in den §§ 421—433 C.P.O. geregelt[3]). Es gestaltet sich verschieden, je nachdem die Urkunde sich nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen des Gegners (§§ 421—427) oder einer anderen Person, eines „Dritten“ (§§ 428—433) befindet. In beiden Fällen erfolgt die Antretung des Beweises durch einen Antrag (§§ 421, 428), der den Erfordernissen des § 424 bezw. 430 zu entsprechen hat. Als Spezialfall ist noch hervorgehoben, daß der Dritte eine öffentliche Behörde oder ein öffentlicher Beamter ist (§ 432). Eine Verpflichtung zur Vorlegung besteht für den Gegner dann, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann (§ 422) oder wenn er (der Gegner) im Prozesse auf die Urkunde zur Beweisführung Bezug genommen hat (§ 423). Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung verpflichtet (§ 429).

Entsprechend der gesetzlichen Regelung des Verfahrens sind zunächst die Gründe der Verpflichtung zur Vorlegung, dann die rechtliche Natur des Vorlegungsanspruchs im Prozesse sowie das Verfahren zur Geltendmachung des Anspruchs gegenüber dem Gegner und gegenüber Dritten zu behandeln, schließ-

---

2) A. M. übrigens Kohler, Prozeßr. Forschung S. 78 ff.; Planck, Lb. Bd. II S. 256; Schmidt, Lb. S. 502.

3) § 434 gilt zwar auch für das Vorlegungsverfahren, gibt aber keine für dasselbe spezifische Norm.

lich noch einige Fragen von Bedeutung für den Vorlegungsanspruch innerhalb und außerhalb des Vorlegungsverfahrens zu untersuchen.

1. Kapitel.
Die Vorlegungsgründe.

1. Abschnitt.
Die Vorlegungsgründe des bürgerlichen Rechts (materielle Vorlegungsansprüche).

§ 2.
Einleitung: Die in Betracht kommenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

I. § 422 C.P.O. lautet:

„Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann."

Nach § 423 ist der Gegner auch zur Vorlegung der Urkunden verpflichtet, auf die er Bezug genommen hat, und nach § 429 ist der Dritte aus denselben Gründen wie der Gegner zur Vorlegung verpflichtet. In § 422 und 423 sind daher die Verpflichtungsgründe für die Vorlegung im Prozeß enthalten.

Zunächst sei § 422, der auf das bürgerliche Recht verweist, einer Betrachtung unterzogen. § 422 hat seine jetzige Fassung durch die Novelle erhalten[1]) und lautete als alter § 387:

1) Uebrigens die einzige Neuerung, welche die Novelle beim Beweis durch Urkunden, abgesehen von einer geringfügigen Aenderung in § 426, gebracht hat.

„Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet,

1. wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung auch außerhalb des Prozesses verlangen kann;
2. wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche ist.

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind. Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten oder zwischen einem derselben und einem gemeinsamen Vermittler des Geschäfts gepflogenen schriftlichen Verhandlungen."

Nr. 2 des § 387 war bisher erforderlich, da die sog. Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde nicht in allen Rechtsgebieten, z. B. nicht im Gebiet des Code civil[2]), die Vorlegungspflicht begründete. Nachdem aber § 810 des B.G.B. im wesentlichen den Inhalt der Nr. 2 des § 387 in sich aufgenommen hat und aus den daselbst enthaltenen Gründen eine materiellrechtliche Vorlegungspflicht aufstellt, ist Nr. 2 entbehrlich geworden, da der Inhalt der Nr. 2 bereits in Nr. 1 bezw. in dem nur der Nr. 1 entsprechenden lediglich auf das bürgerliche Recht verweisenden § 422 enthalten ist.

II. Wenngleich die Worte „auch außerhalb des Prozesses" in § 422 nicht mehr enthalten sind — und zwar mit Recht, da sie hauptsächlich in Nr. 1 des § 387 um des Gegensatzes willen zu Nr. 2 aufgenommen waren — so versteht sich doch von selbst, daß sie auch jetzt stillschweigend in § 422 zu ergänzen sind. Eine Pflicht zur Vorlegung im Prozeß

2) Auch jetzt noch nicht unter der Herrschaft des österreichischen B.G.B. von 1811.

besteht demnach, wenn außerhalb des Prozesses nach bürgerlichem Recht Herausgabe oder Vorlegung verlangt werden könnte. Ob Herausgabe oder Vorlegung gefordert werden kann, ist hiernach zwar für den Prozeß gleichgültig, aber für das bürgerliche Recht streng zu unterscheiden und die Begründung zur Novelle S. 115 (zu § 387 a. F.) verwechselt beide Begriffe, wenn sie sagt, § 810 B.G.B., der nur von der Vorlegungspflicht handelt, habe die privatrechtliche Pflicht zur „Herausgabe" einer Urkunde wesentlich erweitert[3]). Jedes Wort im § 422 hat ferner seinen guten Sinn. Die Worte, daß „der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann", bedeuten daher, daß der Beweisführer außerhalb des Prozesses einen erzwingbaren Anspruch auf Herausgabe oder Vorlegung haben muß[4]), und zwar nach bürgerlichem Recht[5]). Bürgerliches Recht bedeutet natürlich nicht nur „Bürgerliches Gesetzbuch", sondern verweist auch auf das Handelsgesetzbuch, das Urheberrecht, die materiellrechtlichen Normen der Civilprozeß- und Konkursordnung, kurzum alle die Normen, die die Wissenschaft unter dem Namen „Privatrecht" zusammenfaßt. Die hierher gehörigen Ansprüche sind daher erzwingbare privatrechtliche Ansprüche im strengen Sinne. Daraus folgt andrerseits, daß ein Anspruch nicht schon deshalb ein privatrechtlicher in diesem Sinn ist, weil er im B.G.B. oder H.G.B. geregelt ist, wie z. B. die Pflicht des Kaufmanns, ordnungsmäßige Handlungsbücher zu führen, in erster Linie eine öffentlichrechtliche ist. Ein privatrechtlicher Anspruch, dessen prozessuale Verfolgung bürgerliche Rechts-

3) Dies moniert auch Seuffert zu § 422 durch ein „sic".

4) Es gehören also nicht hierher die Fälle, in denen das Gericht zur Anordnung der Vorlegung befugt ist, ohne daß ein Anspruch der Partei auf die Vorlegung bestände (vgl. unten § 23).

5) Vgl. jedoch unten § 26 Anm. 10.

streitigkeit im Sinne des § 13 G.V.G. ist, hat „zu seiner Grundlage ein rechtlich geschütztes Individualinteresse, welches um seiner selbst willen — unabhängig von der wechselseitigen Beziehung zu einem Gemeinwesen — besteht", während öffentlichrechtliche Ansprüche auf dem Unterwerfungsverhältnis des einzelnen zur Staatsgewalt oder einer öffentlichen Korporation beruhen[6]). Wenn der Staat Urkunden innehat, die er kraft Gesetzes Privatpersonen vorzulegen verpflichtet ist, so ist demnach der Vorlegungsanspruch dann lediglich ein öffentlichrechtlicher, wenn der Staat die Urkunden kraft seiner Hoheitsrechte (insbesondere seiner Gerichtsbarkeit) verwahrt und im öffentlichen Interesse eine beschränkte oder unbeschränkte Publizität einräumt, ohne daß das Individualinteresse der einzelnen in den Vordergrund tritt. Zwar ist im Prinzip für die Verfolgung privatrechtlicher Ansprüche der ordentliche Rechtsweg zulässig, für die öffentlichrechtlicher ausgeschlossen, doch ist umgekehrt die Zulässigkeit des Rechtswegs für die privatrechtliche Natur eines Anspruchs kein Kriterium[7]), da der ordentliche Rechtsweg einerseits auch für öffentlichrechtliche Verhältnisse eröffnet ist (vgl. § 9 G.V.G.), andrerseits vermöge § 13 G.V.G. durch die Landesgesetzgebung in weitem Umfang ausgeschlossen werden kann und ausgeschlossen ist[8]).

Der Staat ist in der Zugänglichmachung der in seinem Besitz befindlichen Urkunden im allgemeinen liberaler, als es die Vorschriften des Privatrechts verlangen. Er fordert häufig nur ein „berechtigtes Interesse"[9]) und gewährt bei vielen öffentlichen Registern ohne den Nachweis irgendwelchen öffentlichen Interesses jedem Einsicht[10]). Aber die darüber be-

6) Gaupp-Stein Bd. I S. 2.

7) Vgl. Gaupp-Stein Bd. I S. 2 ff.

8) Vgl. für Preußen Droop, Der Rechtsweg in Preußen 1899.

9) Z. B. G.B.O. § 11; F.G. § 34, 78.

10) Z. B. § 1563 B.G.B. (Güterrechtsregister), H.G.B. § 9 (Handels-

stehenden Vorschriften gehören meist nicht hierher, so daß auf sie ein Vorlegungsanspruch nicht gestützt werden kann, selbst wenn der Staat als Fiskus Prozeßgegner ist; denn teils hängt die Gewährung der Einsicht vom freien Ermessen der Behörde ab (so § 299 C.P.O. die Gestattung der Einsicht der Prozeßakten hinsichtlich dritter Personen), sodaß ein „Anspruch" auf Einsicht überhaupt nicht besteht[11]), teils besteht zwar ein Anspruch, aber dieser entbehrt des privatrechtlichen Charakters, da der Staat die Urkunden kraft seines Hoheitsrechtes verwahrt und vorlegt. In die letzte Kategorie gehören die übrigen in Anm. 10 zitierten Vorschriften über die Einsicht in öffentliche Akten, auch sofern die betreffende Person ein Recht auf die Einsicht hat. Die Vorschriften sind primär gegeben im Interesse einer gewissen Publizität der Urkunden, so daß für die Verfolgung des Einsichtsrechts bei Verweigerung der Einsicht nicht der Rechtsweg, sondern nur die Beschwerde zulässig ist, welche für die Urkundeneinsicht in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ihre reichsgesetzliche Regelung erhalten hat[12]). Die Frage, ob ein Recht auf Urkundeneinsicht besteht, kann übrigens insofern vor das Forum des Prozeßrichters gelangen, als bei verweigerter Einsicht gegen den Beamten unter Umständen eine Syndikatsklage auf Schadensersatz gemäß § 839 B.G.B. angestrengt werden kann, aber der Anspruch selbst ist im Rechtswege nicht verfolgbar[13]).

---

register), § 3 des R.G. vom 1. Juni 1891 (Rolle für Gebrauchsmuster), § 3 des R.G. vom 12. Mai 1894 (Zeichenrolle für Warenzeichen), § 915 C.P.O. (Schuldnerliste); vgl. auch §§ 996, 1001, 1016, 1022, 1023 C.P.O., § 42 Z.V.G. u. a. m.

11) Ebenso F.G. § 34, Preuß. Ges. über die freiwillige Gerichtsbarkeit Art. 1.

12) G.V.O. §§ 71 ff., F.G. §§ 20 ff.; vgl. Preuß. Ges. über freiw. Gerichtsbark. Art. 6.

13) Anders nur, wenn die Urkunde gleichzeitig vorlegungspflichtig

Nicht privatrechtlich sind ferner das Recht der Aktionäre und Gläubiger zur Einsicht der Bücher und Papiere einer aufgelösten Aktiengesellschaft, da es vom Ermessen des Gerichts abhängt (§ 302, 3 H.G.B., § 145 F.G.), und das Recht der Mitglieder des Gläubigerausschusses zur Einsicht der Bücher und Schriften des Konkursverwalters (§ 88 K.O.), da es nur im öffentlichen Interesse des ordentlichen Ganges des Konkursverfahrens gegeben und daher auch nur durch Anrufen der Aufsichtsbehörde (§ 83 f. K.O.), nicht aber im Klagewege verwirklicht werden kann[14].

III. Wie die genannten Rechte auf Einsicht, die der Privatmann dem Staate gegenüber hat, so fallen auch manche Rechte des Staates gegenüber Privatpersonen, obgleich sie durchgehends erzwingbar sind, als nicht privatrechtlichen Inhalts nicht unter § 422. So z. B. das Recht des Staates auf Herausgabe solcher Sachen und Urkunden, die für eine strafprozessuale Untersuchung von Bedeutung sind (Ueberführungsstücke u. dergl.); hierfür ist zwar der strafprozessuale Zwang der Beschlagnahme und Durchsuchung, nicht aber ein Civilprozeß zulässig (vgl. St.P.O. §§ 94, 95, 102, 103). Auch das den Polizeibehörden durch die auf Grund von § 35, 38 Reichsgewerbeordnung erlassene Verordnung des preuß. Handelsministers vom 28. November 1901 eingeräumte Recht, jederzeit die Geschäftsbücher, Geld- und Urkundenbücher, sowie die Handakten von solchen Personen (Laien), die fremde Rechtsangelegenheiten besorgen, einzusehen und ihre Vorlegung zu verlangen, ist zwar erzwingbar, aber nicht privatrechtlich.

Dafür, daß die öffentlichrechtlichen Ansprüche des Staates nicht hierher gehören, spricht nicht nur der Wortlaut von § 422, sondern auch der innere Grund, daß sie gewöhnlich

---

nach § 810 ist (darüber siehe unten § 43 zu Anm. 14); denn § 810 gewährt stets einen individuellen Privatrechtsanspruch.

14) Vgl. Jaeger, Konkursordnung § 88 Erl. 2 a. E.

dem Staat nicht so absolut zustehen, sondern nur im Interesse gewisser Wohlfahrtszwecke oder Hoheitsrechte, so das Recht der Beschlagnahme im Strafprozeß nur im Interesse der Förderung der Untersuchung, daß es also dem Wesen dieser Ansprüche widersprechen würde, sie ohne weiteres den im Prozeß etwa verfolgten fiskalischen Zwecken dienstbar zu machen.

IV. Es ist noch auf die terminologische Eigentümlichkeit hinzuweisen, daß § 422 von Ansprüchen auf „Herausgabe oder Vorlegung" spricht, daß im bürgerlichen Recht gewöhnlich nur von Ansprüchen auf Gestattung der Einsicht, dem Recht, die Bücher einzusehen, die Rede ist (so §§ 810, 716 B.G.B., § 118 H.G.B. u. a. m.), während sich der Ausdruck „vorlegen" oder „Vorlegung" nur vereinzelt in Beziehung auf Urkunden gebraucht findet (so §§ 259, 260 B.G.B.), meist aber in bezug auf Sachen angewandt wird, wenn also der Gegenstand seiner äußeren Beschaffenheit nach, nicht als Urkunde[15]) seinem geistigen Inhalt nach in Betracht kommt. Doch wird der Unterschied nicht stets streng aufrecht erhalten; so unterscheidet zwar das B.G.B. die Besichtigung oder Vorlegung einer Sache im § 809 von der Einsicht einer Urkunde in § 810, aber § 811 bezieht den Ausdruck „Vorlegung" auf beide Fälle. Etwas irreführend ist es sogar, daß das B.G.B. in § 809 und § 810 zwar die Vorlegung von Sachen ihrer körperlichen Beschaffenheit nach und die Einsicht von Sachen ihrem geistigen Inhalt nach, d. i. als Urkunden, streng unterscheidet, gleichwohl aber in der Ueberschrift des Titels nur von Vorlegung von „Sachen" spricht, also hier Sachen in dem weiteren Sinne faßt, der auch Urkunden als körperliche Gegenstände begreift. Auch hat das B.G.B. in § 775 des Entw. I Vorlegung und Ge-

15) Die Urkunde ist natürlich auch Sache im Sinne von § 90 B.G.B. und kann auch nur in ihrer äußeren Beschaffenheit Gegenstand eines Vorlegungsanspruchs, wie jedes anderen dinglichen oder persönlichen Rechts sein; darüber unten §§ 17 I, 21 I.

stattung der Einsicht anscheinend unterschieden, indem der Vorlegungssucher beides verlangen konnte, redet aber jetzt in § 810 nur noch von Gestattung der Einsicht, so daß offenbar unter Einsichtgestattung auch die Vorlegung verstanden ist. Dagegen spricht auch nicht, daß § 809 wiederum zwischen Vorlegung zur Besichtigung und Gestattung der Besichtigung zu unterscheiden und unter letzterem eine Besichtigung zu verstehen scheint, bei welchem eine Ortsveränderung mit dem Gegenstand nicht vorgenommen ist[16]).

Der Sprachgebrauch ist eben einfach etwas lax und daraus folgt einerseits, daß auch solche Vorlegungsansprüche hierher zu rechnen sind, die auf die Urkunde als körperlichen Gegenstand gehen, wie das ja auch bei den hierher gehörigen Herausgabeansprüchen der Fall ist, andererseits, daß zur Begründung der Vorlegung im Prozeß auch die Ansprüche dienen, welche, wie § 810 B.G.B., von Einsicht, nicht von Vorlegung der Urkunde sprechen; an letzterem kann schon deshalb kein Zweifel bestehen, weil § 422 C.P.O. nach seiner Entstehungsgeschichte[17]) gerade an den § 810 B.G.B., den Rechtsnachfolger von § 387 Nr. 2 a. F., denkt.

V. Der Anspruch muß schließlich auf Herausgabe oder Vorlegung an den Beweisführer selbst gehen, nicht an einen Dritten. Für den Anspruch auf Herausgabe ist das ganz sicher, da doch nicht der Beweisführer den Anspruch für sich verwenden könnte, den er aus einem Vertrag zugunsten eines Dritten lediglich auf Leistung an diesen Dritten hat; dasselbe folgt dann aber auch für den Vorlegungsanspruch, da beide einander ganz gleich gestellt sind. Daher gehört nicht der Anspruch hierher, den derjenige, der eine Berichtigung des

16) Cosack 4. Aufl. Bd. I S. 634 versteht unter Gestattung der Besichtigung das rein passive Verhalten, unter Vorlegung zur Besichtigung eine aktive Tätigkeit des Besitzers.

17) Vgl. Begründung zur Novelle S. 115.

Grundbuches verlangen kann, nach § 896 oder 1145 B.G.B. auf Vorlegung des Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt hat [18]). Daran ändert auch nichts, daß hier der Anspruch auf Vorlegung an das Grundbuchamt im Interesse des Vorlegungsberechtigten gegeben ist.

1. Unterabschnitt: **§ 810 B.G.B.**

§ 3.

Einleitung.

Wir haben nunmehr die nach § 422 C.P.O. in Betracht kommenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche eine Pflicht zur Vorlegung oder Herausgabe einer Urkunde begründen, einer Untersuchung zu unterziehen. Hervorzuheben ist, daß eigentlich aus jedem dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnis eine Pflicht zur Herausgabe oder Vorlegung, Gestattung der Einsicht von Urkunden, entspringen kann [1]), so daß in dieser Hinsicht nichts Besonderes zu sagen ist. Anders verhält es sich mit dem Urkundeneditionsanspruch κατ' ἐξοχήν, dem Urkundenvorlegungsanspruch des § 810 B.G.B., der den Hauptraum in unserer Untersuchung über die materiellrechtlichen Ansprüche einnehmen wird [2]).

Wenn auch die Abhandlung auf dem Standpunkt steht, daß eine gesunde Ausdehnung des materiellen und prozessualen

---

18) A. M. Gaupp-Stein zu § 422 II, 2.

1) S. unten §§ 7 III, 21 II.

2) Es bedarf an dieser Stelle nur der Erwähnung, daß, wenn ein Einsichtsrecht natürlich an dem Inhalt von Briefen bestehen kann, dadurch das durch § 5 des Reichspostgesetzes (vgl. Art. 33 der preuß. Verf.) gewährleistete, nur durch § 121 K.O., §§ 99—101 St.P.O. beschränkte Briefgeheimnis ebensowenig beeinträchtigt wird wie dadurch, daß an dem körperlichen Inhalt des Briefes ein sonstiger Privatrechtsanspruch besteht.

Vorlegungsrechts und entsprechende Auslegung der gesetzlichen Vorschriften dem Verkehrsbedürfnis entspricht, so ist doch eine Betonung der gesetzlichen Erfordernisse am Platze. Sonderbar mutet es mitunter an, was in der Praxis im Prozeß alles unter „Eideszwang" vorgelegt werden soll; eine Photographie, als ob das eine Urkunde sei, Briefe, die der andere von einem beliebigen Dritten empfangen, Auskünfte, die er über den Prozeßgegner beim Auskunftsbureau eingeholt hat, private Notizen, ärztliche Atteste, die man sich über den eigenen Gesundheitszustand hat ausstellen lassen, Lagepläne, selbstangefertigte Bauzeichnungen; kurzum es hat oft den Anschein, als ob im Prozeß die Partei verpflichtet wäre, ihr Innerstes dem Gegner und dem Gericht zu offenbaren.

I. Der Editionsanspruch, d. i. der Anspruch auf Mitteilung von Urkunden ihrem geistigen Inhalt nach, ist ursprünglich[3]) im römischen Recht eine Unterart der actio ad exhibendum, die auf die Vorlegung von Sachen als körperlichen Gegenständen ging, darüber hinaus aber eine vielgestaltige Verwendung im römischen Recht gefunden hatte[4]). Der Urkundenvorlegungsanspruch bildete sich aber zu einem ganz selbständigen, unabhängigen Typus der a. a. e. aus, und es galt namentlich der Satz, daß gemeinschaftliche (ihrem Inhalt nach gemeinschaftliche) Urkunden vorlegungspflichtig[5]) seien[6]).

3) Demelius, Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige Recht, Graz 1872 § 26 S. 127 ff.

4) Vgl. darüber die Monographie von Demelius, auch Dierschke S. 1—17 (§§ 1—4). Actio ad exhibendum wird im folgenden mit a. a. e. abgekürzt.

5) Der Ausdruck „editionspflichtig" wurde bisher nur in bezug auf die zur Vorlegung verpflichtete Person angewandt. Es erscheint aber sprachlich durchaus richtig, den kurzen Ausdruck „vorlegungspflichtig" auch auf die dem Vorlegungszwang unterliegenden Sachen anzuwenden, wie das bereits in ganz entsprechender Weise bei den Worten „zollpflichtig", „stempelpflichtig" u. a. Sprachgebrauch ist.

Der Satz von der Vorlegungspflicht hinsichtlich der documenta communia erfreute sich zwar einer theoretisch nicht unangefeindeten Existenz [7]), hatte aber doch in der Theorie überwiegende [8]) und in der Praxis fast unbestrittene Geltung. Seine

6) Vgl. die Entwicklung bei Apt, Die Pflicht zur Urkundenedition, Berlin 1892 S. 32—45 (§ 7).

7) Dagegen insbesondere Demelius vom Standpunkte des reinen römischen Rechts (§ 26 S. 127—135, § 55 S. 269—274). Er steht auf dem schroffen Standpunkt, daß es nicht nur bei der auf körperliche Sachen gehenden a. a. e. eines — dinglichen — judicium directum, d. h. eines im Hintergrunde stehenden Hauptanspruches, dessen Verwirklichung die a. a. e. diente, bedürfe (darüber § 19 S. 87—91), sondern auch bei der auf Urkunden gehenden. „Keine a. a. e. ohne ein gegen den Urkundenbesitzer zustehendes judicium directum, d. h. einen Anspruch auf Restitution bezw. Einräumung des Besitzes oder Mitgebrauches an der Urkunde selbst." Er sieht auch darin, daß es besonderer prätorischer actio in factum auf Edition der rationes, der geschäftlichen Rechnungsbücher, gegen die argentarii, die römischen Bankiers, bedurfte, einen Beweis dafür, daß an sich ein judicium directum erforderlich war: Weil gegen die argentarii ein jud. dir. nicht gegeben war hinsichtlich der Urkunden, in denen sie die gemeinsamen Rechtsbeziehungen niederlegten, so habe es eben des besonderen Rechtsmittels bedurft (§ 51 S. 250—253). Andrerseits sucht Demelius (S. 272—274) bereits nach einem Mittel der Ausdehnung der a. a. e.; er hält die Bestimmung der lex 3 § 14 D. 10, 4, worin eine actio in factum gegeben wird, weil der Schreiber der Urkunde nicht Eigentümer des Papiers ist, für überflüssig, da nach heutigem d. h. gemeinem Rechte der Schreiber Eigentümer einer Urkunde werde und daher Urkunden über Verträge für die Kontrahenten gemeinsam würden; aber diese Folgerung ist ziemlich gesucht, da bei Urkunden über gegenseitige Verträge (z. B. Mietsverträge), bei denen jede Partei ein Exemplar bekommt, das durchaus nicht der Fall zu sein pflegt, sondern jede Partei das ausschließliche Eigentum an ihrer Ausfertigung erhält. Diese Erweiterung enthält wohl eine verschämte Annäherung an den verschmähten Begriff der documenta communia; allerdings werden Briefe, Schuldscheine, Quittungen u. dgl. von der Erweiterung ausdrücklich ausgenommen (S. 273 Anm. 3), da sie in das ausschließliche Eigentum der Partei, die sie erhält, übergingen.

8) Vgl. Windscheid-Kipp 8. Aufl. II § 474.

gesetzliche Sanktionierung für ganz Deutschland, wenigstens für das Gebiet der Vorlegung im Prozeß, fand er in dem bereits oben § 2 II zitierten § 387 Nr. 2 C.P.O. a. F., der zwar keine Legaldefinition der gemeinschaftlichen Urkunden geben wollte, aber doch in dem von ihm als den praktisch wichtigsten hervorgehobenen drei Fällen wohl tatsächlich alle unter den Begriff der Gemeinschaftlichkeit zu subsumierenden Tatbestände traf.

II. § 810 B.G.B., der den § 387 Nr. 2 C.P.O. a. F. ersetzt und allgemein für das bürgerliche Recht gilt, hat ursprünglich im Entw. I als § 775 (zit. § 31 zu Anm. 6) nicht selbständig die Voraussetzungen seiner Wirksamkeit aufgestellt, sondern auf die für den Prozeß geltenden Vorschriften des § 387 C.P.O. a. F. verwiesen. Hiergegen wurde aber mit Recht[9]) geltend gemacht, daß das bürgerliche Recht selbständig seine Voraussetzungen aufzustellen habe und nicht auf das Prozeßrecht verweisen dürfe, daß vielmehr das Umgekehrte eher angemessen, daß auch ein circulus vitiosus vorhanden sei, indem § 387 Nr. 1 und § 394 C.P.O. a. F. wiederum auf das bürgerliche Recht, also auch § 775 Entw. I zurückverweise.

§ 810 hat vor § 387 Nr. 2 wohl den Vorzug einer präziseren Fassung voraus und den, daß er nicht durch das Wort „insbesondere" auf weitere Fälle verweist, die nach aller Erfahrung nicht vorhanden sind, also nicht die eigentliche Definition im Gewande der beispielsweisen Ausführung erscheinen läßt. Er dürfte auch eine dem Zuge der Zeit und der Verkehrsentwicklung folgende Erweiterung der Vorlegungspflicht enthalten[10]) und entscheidet einige unter der Herrschaft

9) So von Apt S. 69; Huggenberger, Die Pflicht zur Urkundenedition, München 1889 (Diss.) S. 57; Kohler § 13 S. 410 Anm. 87; auch Fischer, Recht und Rechtsschutz 1889 S. 39.

10) A. M. Seuffert zu § 422.

des § 387 C.P.O. entstandene Kontroversen[11]). Den Begriff der Gemeinschaftlichkeit läßt er fallen oder verwendet ihn wenigstens nicht als Oberbegriff, sondern höchstens in der zweiten und dritten seiner drei Alternativfälle[12]).

Wohl das Beste über § 387 Nr. 2 und noch heute praktisch Verwertbarste mit reicher Kasuistik hat Kohler in der Abhandlung „Zur Editionslehre"[13]) geschrieben, worauf ein für allemal verwiesen sei. Es bedarf dieser Arbeit gegenüber und in Anbetracht der das Geschichtliche erschöpfend behandelnden Arbeiten von Demelius und Apt vornehmlich einer Betrachtung vom Standpunkt des neuen Rechts.

§ 4.

Der Begriff der Urkunde bei der Vorlegungspflicht.

I. § 810 stellt als Gegenstand des von ihm statuierten Vorlegungsrechts „eine in fremdem Besitz befindliche Urkunde" hin, und er sagt, daß beim Vorliegen eines rechtlichen Interesses die Gestattung der Einsicht dann verlangt werden könne, wenn die Urkunde gewisse Voraussetzungen erfülle. Man darf indessen nicht für den Begriff der Urkunde im Sinne des B.G.B. die Voraussetzungen verlangen, die in § 810 in dem Konditionalsatz stehen. Diese Voraussetzungen sind nicht erforderlich, damit die fragliche Sache überhaupt eine Urkunde, sondern nur damit sie eine solche Urkunde sei, welche nach § 810

11) Siehe darüber noch unten § 5 IV.

12) Der Kürze halber sollen auch hier mitunter Urkunden, die den Voraussetzungen des § 810 entsprechen, als „gemeinschaftliche" bezeichnet werden. Daß dies nur hinsichtlich der letzten beiden Alternativen des § 810 möglich sei, kann Cosack 4. Aufl. I S. 635 nicht zugegeben werden.

13) Erschienen im Civ.-Arch. Bd. LXXIX S. 1 ff. und in den Gesammelt. Beitr. z. Civ.-Proz. S. 374 ff., hier zitiert nach der letzteren Veröffentlichung als der neueren, in der einige Zusätze gemacht sind.

vorlegungspflichtig ist. Das Wort „Urkunde“ ist in § 810 nicht anders zu verstehen, als sonst im B.G.B. (z. B. §§ 405, 793, 808). Es ist aber auch kein Grund vorhanden, den Begriff der Urkunde im B.G.B. anders aufzufassen, als im St.G.B. und namentlich in der C.P.O. Das geht hinsichtlich der C.P.O. schon deshalb nicht an, weil § 422 offenbar denselben Urkundenbegriff für materielles und prozessuales Recht voraussetzt; und die Kriminalisten müßten doch auch den einheitlichen Urkundenbegriff anerkennen, da sie für den Begriff der öffentlichen Urkunde mit Eifer die Definition des § 415 C.P.O. aufgegriffen haben. Die strafrechtliche Literatur über den Urkundenbegriff ist großenteils dadurch verdunkelt, daß in den Begriff der Urkunde Dinge hineingezogen werden, die an sich nicht hineingehören, sondern deren Vorhandensein nur erforderlich ist, um den Tatbestand der Urkundenfälschung zu bilden[1]). Wenn § 267 St.G.B. sagt, „eine solche Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist“, so spricht mindestens der Wortlaut dafür, daß ein Ding auch nach der Auffassung des St.G.B. eine Urkunde sein kann, bei dem die Voraussetzungen des Relativsatzes nicht vorhanden sind[2]), und es dürfte auch die Ansicht den Vorzug verdienen, wonach in § 274 St.G.B., da dort nur von „Urkunde“ gesprochen wird, diese Erfordernisse fallen gelassen sind[3]). Wenn man daher von „Urkunde im strafrechtlichen Sinn“ spricht, so ist darunter eine solche

1) Vgl. darüber Brodmann, Die Urkunde, besonders im Strafrecht, 1904 S. 2—8, auch Frank, 3. u. 4. Aufl. § 267 II St.G.B.

2) Auf diesem Standpunkt steht offenbar auch § 269 St.G.B. Nicht nötig ist daher der Beweiszweck, die Urkunde als solche braucht nicht „die Beweisbestimmung bei der Errichtung durch einen maßgebenden Willen aufgeprägt erhalten (zu) haben“ (Lißt, Olshausen zu § 267 Nr. 2).

3) A. M. Olshausen zu § 274 Nr. 2. Vgl. die daselbst Zitierten

Urkunde zu verstehen, an der das Delikt der Urkundenfälschung begangen werden kann, aber man darf nicht meinen, das Strafrecht habe einen besonderen Begriff der Urkunde als solcher.

II. Was ist nun eine Urkunde? Eine befriedigende, dem Verkehrsbedürfnis genügende Definition ist offenbar möglichst weit zu fassen und hiernach darunter „jede Verkörperung eines Gedankens in dauernden Zeichen, durch welche er zum Gegenstande der sinnlichen Wahrnehmung wird", zu begreifen[4]), „mag nun das Mittel der Verkörperung in der Schrift oder in einem anderen Zeichen bestehen". Allerdings faßt die C.P.O., wenn sie von Urkunden spricht, und ebenso zumeist das B.G.B. nur schriftliche Urkunden ins Auge, d. h. solche, „welche den Gedanken in vereinbarten Lautzeichen verkörpern"[5]); damit ist aber der weitere Begriff als solcher nicht fallen gelassen; die betreffenden Vorschriften sind nur auf schriftliche Urkunden zugeschnitten.

Vorlegungspflichtig nach § 810 können immer nur Urkunden sein, die seinen Voraussetzungen entsprechen, also, wie noch unten zu erläutern sein wird[6]), einen gewissen rechtsgeschäftlichen Charakter tragen, nicht aber solche, die dieses Charakters entbehren, mögen sie im übrigen noch so beweiskräftig und beweiserheblich sein, wie etwa Liebesbriefe für einen ehebrecherischen Verkehr[7]), die charakteristische Erzählung eines Ereignisses zum Beweise dafür, daß der Berichtende Augenzeuge dieses Ereignisses gewesen ist, Privataufzeichnungen, Privathaushaltungsbücher u. dergl.[8]) Hingegen kann eine Vor-

4) So Gaupp-Stein, Vorbem. I zu §§ 415 ff., ähnlich Seuffert; nach der zitierten, höchst beachtenswerten Abhandlung von Brodmann (S. 11 ff.) ist die Urkunde stets eine schriftliche Erklärung, während sonstige Anforderungen an Inhalt und Bestimmung nicht gestellt werden.

5) So Gaupp-Stein a. a. O.

6) § 12 I.

7) So Gaupp-Stein zu § 422 II 2 b.

8) So auch Gaupp-Stein a. a. O.; Kohler S. 401 § 10.

legungspflicht an den letztgenannten Urkunden nach § 423 C.P.O. für den bestehen, der darauf zur Beweisführung Bezug genommen hat. Daraus folgt, da noch niemand daran gezweifelt hat, daß für die Vorlegungspflicht nach § 423 C.P.O. ein bestimmter Charakter des Schriftstücks nicht erforderlich sei, daß der Begriff der Urkunde in dem weitesten Sinne zu fassen ist, und zwar keine Divergenz zwischen Urkunden nach B.G.B. und C.P.O., wohl aber zwischen vorlegungspflichtigen Urkunden nach B.G.B. und C.P.O. besteht.

Diese weite Auffassung entspricht übrigens nicht gerade dem gemeinen Sprachgebrauch des Lebens, der unter „Urkunde" ein Schriftstück von einer gewissen Bedeutung versteht, bei gewöhnlichen Schriftstücken aber das Wort „Urkunde" nur in scherzhaftem Sinne aufzufassen pflegt. Es ist ferner für den Begriff der Urkunde keineswegs erforderlich, daß sie unterzeichnet ist. In dem bereits erwähnten Beispiel würde ein ohne Vor- und Zunamen versehener Bericht, wenn durch Schriftvergleichung festgestellt würde, daß eine bestimmte Person ihn geschrieben hat, einen — wenn auch nicht völlig zwingenden — Urkundenbeweis dafür liefern, daß der Betreffende das beschriebene Ereignis mit angesehen hat.

Hiernach ist nicht nur die Definition von Bolgiano[9]) zu eng, wonach Urkunden im engeren Sinne (d. h. im Gegensatz zu Grenzzeichen, Abmarkungen u. dergl.) Schriftstücke, abgefaßt zur Konstatierung von Tatsachen, sind, wodurch Rechtsverhältnisse begründet, verändert oder aufgehoben werden, da hierunter noch nicht einmal die von Bolgiano selbst anerkannten Urkunden „historischen Inhalts", die sich auf facta praeterita beziehen[10]), fallen würden, sondern es ist auch die

9) Beweis durch Urkunden, Zeitschr. f. Civ.-Proz. Bd. 24 S. 129.

10) Für unsere Untersuchung hat die übliche Einteilung der Urkunden in dispositive Urkunden, solche historischen Inhalts und Zeugnis- und Geständnisurkunden keine Bedeutung.

von demselben Schriftsteller[11]) vertretene Auffassung zu bekämpfen, daß für den Prozeß Urkunden nur Beweismittel von Rechten und Verbindlichkeiten sein könnten, da sie ebenso gut unerlaubte Handlungen, wie beleidigende Aeußerungen, oder bloße Indizien beweisen können und sollen. Auch Kohler[12]) ist zu eng, wenn er zu einer Urkunde verlangt, daß sie eine Erklärung einem Dritten oder dem ganzen Publikum gegenüber (Testament, Stiftung) enthalte, und die Vorlegungspflicht hinsichtlich der Selbstaufzeichnungen wegen Fehlens dieser Voraussetzung verneint. Nicht die Urkunde an sich, sondern nur die nach § 810 B.G.B. (387 Nr. 2 C.P.O.) vorlegungspflichtige muß sich an jemand wenden[13]) und darf nicht bloßer „Monolog" sein.

III. Es ist auch zum Begriff der Urkunde nicht erforderlich, daß ihr Inhalt bewußt gesetzt worden ist, oder daß sich überhaupt der sie Errichtende bewußt war, Worte mit Gedankeninhalt zu produzieren. So ist auch Urkunde das gedankenlos und mechanisch Hingeworfene, das der eine neue Füllfeder Probierende schreibt, und wer etwa unvorsichtigerweise bei einer solchen Gelegenheit ein Wechselformular ausfüllt, könnte, wenn der Remittent arglistig diese Schreibübung an einen gutgläubigen Dritten indossiert, die Erfahrung machen, daß er eine Urkunde errichtet hat, gegen deren Inhalt ihm nur die Anfechtung und der schwierige Beweis des Irrtums nach § 119 B.G.B. verbleibt (§ 416 C.P.O.)[14]).

Bei den hier betrachteten — von Menschenhand gefertigten — Schrifturkunden ist es nicht denkbar, daß ein Ding, das nicht schon bei seiner Entstehung Urkunde war, erst durch

---

11) S. 130 Anm. 1 a. a. O.

12) S. 401 § 10.

13) Nicht nötig ist aber der Beweiszweck, darüber unten § 7 IV; vgl. auch § 12 I.

14) Vgl. Gaupp=Stein § 416 IV.

spätere äußere Ereignisse diesen Charakter erhält, wohl aber ist möglich, daß erst durch spätere, außerhalb der Urkunde liegende Ereignisse diejenigen Eigenschaften begründet werden, welche die Urkunde zu einer vorlegungspflichtigen oder beweiserheblichen im Sinne von § 810 B.G.B. bezw. § 267 St.G.B. machen. So besteht an der privatschriftlichen Vertragsurkunde über einen Grundstücksverkauf erst dann eine Vorlegungspflicht unter dem Gesichtspunkt eines bestehenden — gültigen[15]) — Rechtsverhältnisses, wenn die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch erfolgt ist (§ 313 B.G.B.), und der mehrfach erwähnte Bericht über ein Ereignis oder Liebesbrief wird erst dann eine beweiserhebliche Privaturkunde, an welcher der sie Verändernde eine strafbare Urkundenfälschung begeht, wenn sich daran irgendwelche Rechtsbeziehungen knüpfen oder ein Prozeß anhängig ist, während andernfalls die Fälschung in Täuschungsabsicht, selbst um Ungelegenheiten zu bereiten, nicht zum Tatbestand des § 267 St.G.B. genügt.

§ 5.

Die Art der Vorlegung und der Ausübung des Vorlegungsanspruchs; Charakter, Ausdehnung und Entstehung des letzteren.

I. § 810 B.G.B. gewährt demjenigen, der ein rechtliches Interesse hat, ein Recht der Einsicht in die in fremdem Besitz befindliche Urkunde, sofern die Urkunde gewisse Voraussetzungen erfüllt. Wie dies Recht von seiten des Besitzers zu gewähren ist, darüber läßt sich eine allgemeine Bestimmung nicht treffen; maßgebend wird auch hier gemäß § 242 B.G.B. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte sein. Hiernach wird der mit der Vorlegung verfolgte Zweck, die

15) Dieser Gesichtspunkt bildet wenigstens den Normalfall; darüber, daß u. U. auch an ungültigen Verträgen ein Vorlegungsanspruch bestehen kann, siehe unten § 14.

besondere Art des rechtlichen Interesses entscheiden, und soweit dies vorhanden ist, wird dem Vorlegungssucher nicht verwehrt werden dürfen, sich Notizen und Abschriften zu machen; jedoch wird er eine beglaubigte Abschrift nicht verlangen dürfen [1]), da dies mit dem Zwecke der materiellrechtlichen Vorlegung (s. noch unten § 26 I) im Widerspruch steht; denn die Vorlegung soll nur seiner höchst persönlichen Information dienen [2]), nicht aber dazu, andere Personen zu überzeugen (einen außergerichtlichen Nachweis zu liefern) und das Original der Urkunde in noch dazu authentischer Form zu reproduzieren. Auch würde das ja noch die weitere Einsicht des beglaubigenden Beamten erfordern, die zu gestatten für den Urkundenbesitzer keinerlei Rechtsgrund vorliegt. Soweit jedoch dem Vorlegungssucher zur eigenen sachgemäßen Information das Recht zusteht, sich umfangreiche Notizen und Abschriften zu machen, indem ohne das ein Ueberblick über die sachlichen und rechtlichen Verhältnisse nicht zu gewinnen ist, muß es ihm auch gestattet sein, sich ebenso, wie unter Umständen eines Sachverständigen [3]), auch der Hilfe einer Schreibkraft zu bedienen. Ein Beweiszweck kann mit der materiellrechtlichen Einsichtnahme nur insofern nebenbei tatsächlich hinsichtlich des Urkundeninhabers erreicht werden, als die Einsichtnahme in dessen Gegenwart häufig stattfinden wird und man mit dem Inhalt der Urkunde in ihm eine bestimmte Ueberzeugung wird erwecken können; bei anderen Personen als dem Urkundeninhaber fällt aber dies Moment von selbst fort.

---

1) Er muß sich aber mit einer solchen begnügen, wenn damit seinem Interesse genügt ist.

2) Das war an sich auch bei der Exhibitions- und Editionsklage des römischen Rechts der Fall, wurde aber im gemeinen Recht häufig nicht betont.

3) Siehe unter III.

II. Ferner wird daran festzuhalten sein, daß dem Besitzer, abgesehen davon, daß er die bestimmte Urkunde an den sich nach § 811 ergebenden Vorlegungsort schaffen muß, keine Tätigkeit zugemutet werden darf. Das folgt daraus, daß die Vorlegung von Sachen und Urkunden eine Beeinträchtigung des individuellen Eigentums im Interesse sozialer Rücksichtnahme und wegen des Rechts am geistigen Inhalt, eine Durchbrechung des strictum jus aus Billigkeitsrücksichten bedeutet und daher das Recht „schonsam" mit tunlichster Berücksichtigung des Besitzers auszuüben ist. Kann die Urkunde nicht ohne weiteres von dem Besitzer, wenn er umfangreiches Urkundenmaterial besitzt, aufgefunden werden, so genügt er bei sorgfältiger Prüfung und Erkundigung seiner Pflicht und kann sich bei der Durchsuchung zuverlässiger Personen, deren Vergütung ihm nach § 811[4]) auf Verlangen zu ersetzen und vorzuschießen ist, bedienen. Bei umfangreichem Urkundenmaterial hat daher der Beklagte, wenn ein selbständiger Prozeß auf Vorlegung erhoben ist und er seinen Besitz bestreitet und ihm hierüber der Eid zugeschoben wird, seinen Besitz nicht in der Veritätsform, sondern in der Ueberzeugungsform des § 459, 2 C.P.O. abzuschwören. Da § 811 unter Umständen den Besitzer verpflichtet, die gewünschte Urkunde sogar nach einem anderen Ort zu schaffen, so folgt daraus andererseits, daß der Besitzer überhaupt eine Tätigkeit entfalten muß, um die Urkunde herauszusuchen und so dem Vorlegungssucher zugänglich zu machen, daß er aber nicht seiner Pflicht genügt, wenn er ihn in ein großes Archiv führt und sagt: hier befindet sich die Urkunde, suche sie dir nur heraus. Ein Recht des Besitzers auf derartige Passivität darf auch nicht aus den Worten: „Gestattung der Einsicht" gefolgert werden, da, wie oben in § 2 II ausgeführt ist, hiermit nichts anders wie unter

4) Vgl. § 16 II.

„Vorlegung“ zu verstehen ist. Die Pflicht des Besitzers geht jedoch nur dahin, genau bezeichnete Urkunden (und Sachen, § 809) herauszusuchen, nicht aber dahin, sein Eigentum auf die nicht näher bezeichneten Urkunden (oder Sachen) hin zu durchsuchen[5]).

III. Das Recht der Einsicht (auch bei § 809) muß der Vorlegungssucher selbst oder, wenn er einen gesetzlichen Vertreter hat, dieser ausüben. Die Einsicht durch andere Personen als Vertreter, selbst wenn diese die gewillkürten Generalbevollmächtigten sind, ist nicht gestattet, da dem Recht ein persönliches Element anhaftet und § 810 (und § 809) nur demjenigen das Vorlegungsrecht einräumt, in dessen Person das Recht begründet ist. Sofern es sich jedoch um Urkunden rein vermögensrechtlichen Inhalts handelt, werden das Recht auch solche allgemeine Bevollmächtigte (nicht Spezialbevollmächtigte) ausüben dürfen, die Vollmacht für die Verhältnisse haben, um die es sich in der Urkunde handelt, also Prokuristen für Geschäftsurkunden, Generalbevollmächtigte für alle vermögensrechtlichen Urkunden. Hingegen steht dem nichts im Wege — auch nicht bei anderen Einsichtsrechten als denen des § 810[6]) —, daß der Vorlegungssucher sich im Bedürfnisfall der Hilfe sachverständiger Personen als technischer Gehilfen, nicht als Vertreter bedient[7]), da sonst das Recht in vielen Fällen für die der erforderlichen Sachkenntnis Entbehrenden, etwa bei der Einsicht kaufmännischer Bücher oder

5) Letzteres nahm für das gemeine Recht sehr zu Unrecht das O.A.G. Darmstadt S.A. 9 Nr. 38 an. Aber die Ansicht des Textes folgt auch daraus, daß ein Rechtsverhältnis zwischen Urkundeninhaber und Vorlegungssucher erst durch die Geltendmachung des Vorlegungsanspruches in bezug auf bestimmte Sachen entsteht. Vgl. unter V.

6) Mit Ausnahme der höchstpersönlichen des Handelsrechts bei Handelsgesellschaften § 118 H.G.B. u. s. w.

7) So auch R.O.H.G. vom 10. September 1872 S. A. 27 Nr. 26.

in fremden Sprachen abgefaßter Urkunden, ganz wertlos wäre. Nur zu dem Zweck, für den Inhalt der Urkunde einen Zeugen zu haben, darf aber das Recht, ebenso wie das der Zuziehung einer Schreibkraft (s. oben I) nicht mißbraucht werden; insbesondere dürfen nicht solche Personen zugezogen werden, die ihrerseits, ohne einen Einsichtsanspruch zu haben, an dem Inhalt der Urkunde beteiligt sind; auch die Zuziehung von Personen darf lediglich dem Zwecke dienen, eine sachgemäße Information des Vorlegungssuchers zu ermöglichen.

IV. § 810 gibt ein Vorlegungsrecht gegen denjenigen, welcher die Urkunde besitzt. Die Voraussetzungen, die die Urkunde erfüllen muß, erfordern nicht irgend eine rechtliche Beziehung des Vorlegungssuchers zu dem Besitzer; denn es ist nur nötig, daß die Urkunde im — ausschließlichen — Interesse des Vorlegungssuchers errichtet ist oder ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und einem anderen — nicht gerade dem Besitzer — beurkundet oder Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft zwischen ihm und einem anderen — auch nicht gerade dem Besitzer — enthält. Das Vorlegungsrecht geht also gegen jeden, der die Urkunde besitzt, vorausgesetzt nur, daß die Urkunde, nicht aber daß der Besitzer gewisse Voraussetzungen erfüllt. Mit Unrecht geht Planck Erl. 3 zu 810 B.G.B. davon aus, daß die Urkunde dem Vorlegungssucher und Besitzer gemeinsam sein müsse; es genügt die Gemeinsamkeit mit irgend einem[8]). Dies ist gerade ein Fortschritt gegenüber § 387 Nr. 2 C.P.O. Allerdings wurde häufig angenommen[9]), daß auch bei § 387 Nr. 2 die Gemeinschaftlichkeit mit irgend einer Person genügte. Zwar für den Begriff einer gemeinschaftlichen Urkunde an sich war die Gemeinschaftlichkeit gerade mit dem Besitzer nicht erforder-

8) So auch Prot. II S. 775.

9) So von Seuffert in den früheren Auflagen; Huggenberger S. 35. Dagegen mit Recht Goldschmidt S. 388—393.

lich („als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, ... deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind“); aber bei einer zur Vorlegung verpflichtenden Gemeinschaftlichkeit verlangte § 387 am Anfang von Nr. 2 mit klaren Worten, daß die Urkunde für den Beweisführer und den — besitzenden — Gegner gemeinschaftlich war, daß also gemeinschaftliche Rechtsverhältnisse dieser Personen beurkundet waren. Ebenso konnte es nach § 387 Nr. 2 äußerst zweifelhaft sein, obgleich die Frage meist bejaht wurde[10]), ob eine Vorlegungspflicht bestände, wenn die Urkunde im ausschließlichen Interesse des Beweisführers errichtet war, z. B. Kündigung einer Wohnung oder eines Darlehns, da doch die Urkunde im beiderseitigen Interesse errichtet sein sollte; nach § 810 ist jedenfalls ein Zweifel nicht mehr möglich.

Indem § 810 ein Recht auf Einsicht jenem gegenüber gewährt, der die Urkunde besitzt, gleichviel ob er mit dem Vorlegungssucher in Rechtsbeziehung steht oder nicht, ob er die Urkunde in Kenntnis der etwa zu erhebenden Vorlegungsansprüche erworben hat oder in Unkenntnis, ist das Recht ganz außerordentlich weitgehend, weiter noch als dingliche Ansprüche; denn bei letzteren bringt der gute Glaube des Erwerbers in der Regel das Recht auf die Sache zum Untergang (§§ 932 ff., 936 B.G.B.).

V. Der Anspruch entsteht aber erst mit der Geltendmachung seitens des Vorlegungssuchers gegenüber dem Inhaber. Vorher ist überhaupt kein Anspruch vorhanden, also auch kein „latenter“, wie Kohler S. 388 § 5 annimmt. Denn man kann nicht sagen, daß der Anspruch eines Dritten möglicherweise an dem Inhalte der Urkunde Beteiligten wie das Damoklesschwert über dem Haupte des Urkundeninhabers

---

10) So v. Fitting VII. Aufl. S. 430 Anm. 6.

droht, daß der Inhaber, ehe der Vorlegungssucher sich gemeldet hat, auf irgendwelche Ansprüche die geringste Rücksicht zu nehmen brauche. Das B.G.B. kennt überhaupt nicht latente Ansprüche und auch nicht den Begriff der actio nata[11]). Vor der Geltendmachung ist nicht nur der Anspruch, sondern überhaupt jedes Rechtsverhältnis „latent"; wer einer Bank sogenanntes tägliches Geld gibt, hat zwar auch erst den Rückzahlungsanspruch mit der Geltendmachung; aber insofern ist hier noch ein Unterschied vorhanden, als vor der Erhebung des Vorlegungsanspruchs ein Rechtsverhältnis, wie beim depositum irregulare zwischen den Beteiligten, gar nicht besteht. Der Vorlegungssucher hat es in seiner Macht, den Anspruch jedem Inhaber gegenüber entstehen zu lassen (sog. Rechte des rechtlichen Könnens), aber ein „präsenter Anspruch" und ein „aktuelles" Rechtsverhältnis im Sinne Kohlers besteht nur gegenüber einer bestimmten Person, nämlich der, welcher gegenüber er erhoben ist.

VI. Welcher Natur ist nun der geltend gemachte Vorlegungsanspruch? Die weite, gegen jedermann gehende Wirksamkeit ließe auf dingliche Natur schließen. Aber es würde völlig dem System des B.G.B. hinsichtlich dinglicher Rechte an Mobilien widersprechen, wollte man ein dingliches Recht an einer Sache annehmen, ohne irgendwelchen Besitz. Man wird daher das Recht aus § 810 nicht als dinglich bezeichnen können, sondern als ein obligatorisches Recht auf eine bestimmte Sache, das gegen jedermann wirkt, weil eben jedem gegenüber die Voraussetzungen seiner Geltendmachung vorhanden sind, „aus der bloßen Tatsache des Besitzes entspringend"[12]). Das Recht ist nicht, wie Kohler es nennt, ein ius ad rem, wenigstens nicht im technischen Sinne des

---

11) Vgl. Planck, Vorbem. I S. 48.

12) So Staudinger zu § 809 IV; ähnlich Kohler § 3 S. 383 f.

A.L.R., sondern eine richtige actio in rem scripta, deren Charakteristikum es ist, daß sie mit der dinglichen Klage das unpersönliche Element gemeinsam hat, daß nämlich der Gegner unbestimmt ist[13]), hier durch den Besitz bestimmt wird.

VII. Die weitgehende Wirksamkeit ist aber nur dem Einsichtsanspruch des § 810, nicht sonstigen Einsichtsansprüchen eigen, wie hier besonders hervorgehoben werden mag[14]). Wie weit sonstige Einsichtsansprüche gehen, das hängt von dem speziellen Rechtsverhältnis (Miteigentum, Gesellschaft, Auftrag) ab, dem sie entspringen. Ob diese sonstigen Einsichtsansprüche dinglich oder obligatorisch sind, ist insbesondere insofern bedeutsam, als der Anspruch nur bei dinglichem Charakter gegen den Rechtsnachfolger wirkt, und als bei obligatorischem Charakter auch der böse Glaube in Ansehung des Rechts dem Rechtsnachfolger nichts schadet.

Umgekehrt wird der Umstand, daß der Einsichtsanspruch gegen jedermann wirkt, ein Kriterium dafür sein, ob man es mit einem Anspruch aus § 810, einer eigentlichen a. a. e. bezw. Editionsanspruch, oder einem sonstigen Einsichtsanspruch zu tun hat, ähnlich wie nach einem geistvollen Ausspruch sich die Richtigkeit einer civilistischen Theorie zeigt, wenn man sie auf den Konkurs anwendet; und man wird bei dieser Prüfung finden, daß viele als eigentliche Editionsansprüche bezeichnete Ansprüche gar keine solchen sind, sondern nur in den speziellen obligatorischen Rechtsbeziehungen wurzeln[15]).

---

13) Windscheid-Kipp I zu § 45 Anm. 6.

14) Bereits Demelius S. 271 machte mit Recht darauf aufmerksam, daß ein Unterschied zwischen der a. a. e. und sonstigen Vorweisungsansprüchen bestehe und z. B. nur bei ersterer das römische Recht die Vorschriften über das summatim cognoscere und den Ort (entsprechend jetzt § 811) und die sonstigen Modalitäten der Exhibition hatte. Die strenge Unterscheidung ist noch heute am Platze.

15) Vgl. noch die Beispiele unten § 7 II.

Der Anspruch aus dem speziellen Rechtsverhältnis und der Anspruch aus § 810 können natürlich konkurrieren[16]), wie die Eigentumsklage und die Klage aus dem obligatorischen Rechtsverhältnis; ein Grund, die Klage aus § 810 etwa nur als subsidiär anzusehen, besteht nicht[17]); dementsprechend werden auch ähnliche Gründe der Prozeßpolitik dafür bestimmend sein, mit welcher Klage man vorgeht: dem speziell Verpflichteten gegenüber wird man lieber zu der Klage aus dem Rechtsverhältnis greifen, da deren Voraussetzungen in der Regel leichter und klarer zu beweisen sind als die des § 810, Dritten gegenüber aber zu der Klage aus § 810.

§ 6.

Haftung des Urkundeninhabers, Anwendung von Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse.

1. Ist durch die Erklärung des Vorlegungssuchers ein fälliger gegenwärtiger Anspruch gegenüber dem Urkundeninhaber entstanden, dann finden auf die Verpflichtung der Beteiligten und den Anspruch die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Schuldverhältnisse §§ 241 ff. Anwendung, soweit nicht etwa ihre Anwendung infolge besonderer Vorschrift ausgeschlossen ist. (so die Vorschrift über den Leistungsort § 269 durch § 811) oder sonst infolge der besonderen Verhältnisse unmöglich ist (z. B. § 292[1]), da es sich nicht um Heraus-

16) Konkurrieren kann natürlich auch der Anspruch aus § 810 mit einem obligatorischen oder dinglichen, auf die Urkunde selbst gehenden; der häufigste Fall wird sogar sein, daß derjenige, dessen Rechte in der Urkunde beurkundet sind, auch ihr Eigentümer ist (vgl. § 952 B.G.B.), also wenn die Urkunde aus seinem Besitz gekommen ist, sowohl die rei vindicatio als auch den Einsichtsanspruch hat.

17) Die Subsidiarität wurde auch bereits von Demelius bezügl. der a. a. e. verneint (§ 19 S. 91 Anm. 3).

1) So Mot. z. § 775 (jetzt 810) II S. 892 hinsichtlich des § 244 Entw. I (jetzt 292).

gabe, sondern nur Vorlegung handelt). Es folgt ferner aus der Natur des Vorlegungsanspruchs als einer Durchbrechung des individuellen Eigentums im Billigkeitsinteresse, daß eine Anwendung des § 276 B.G.B. mit Haftung des Schuldners (Urkundeninhabers) auch für geringe Fahrlässigkeit nicht möglich ist. Für die Pflicht zur Aufbewahrung und Erhaltung der Urkunde nach erhobenem Vorlegungsanspruch gibt vielmehr § 426 C.P.O., der allerdings nur den prozessualen Anspruch behandelt[2]), den richtigen Maßstab: wie nach § 426 der Gegner u. a. auch schwören muß, daß er die Urkunde nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer zu entziehen, so darf auch hier eine Entziehung in dieser Absicht nicht stattfinden; wohl aber darf der Besitzer die Urkunde veräußern (z. B. die Geschäftsbücher mit dem Geschäft), wenn vorher die Einsicht der Urkunde nicht erfolgen konnte. Eine Entziehung und Vernichtung, selbst in der Absicht, die Benutzung dem Vorlegungssucher zu entziehen, muß aber dann als erlaubt gelten, wenn die Vorlegung noch gar nicht verlangt worden ist[3]); denn dann war ein Schuldverhältnis noch gar nicht entstanden und auch § 826 B.G.B. (Schadensersatz wegen vorsätzlicher unsittlicher Schadenszufügung) ist nicht anwendbar[4]), da der Besitzer in Ausübung eines besonderen Rechts, seines Eigentums, gehandelt hat; höchstens könnte in einem solchen Falle noch der Schikaneparagraph (§ 226 B.G.B.) helfen[5]). Es ist aber hervorzu-

2) Siehe darüber unten § 28 II, III.

3) Vgl. jedoch für den Prozeß unten § 36 V.

4) Wie Planck Vorbem. zu §§ 809—811 meint.

5) Es ist aber zu bemerken, daß, wenn die Vernichtung erfolgt, um dem Vorlegungssucher die Verfolgung eines Anspruches gegen den Inhaber zu erschweren, gerade nicht ein Fall des § 226 B.G.B. vorliegt, da ja die Vernichtung nicht lediglich zu dem Zwecke geschah, um dem andern Schaden zuzufügen, sondern um sich selbst einen — wenn

heben, daß diese Sätze nur dann gelten, wenn der Urkundeninhaber noch nicht im Verzuge ist; er braucht, trotzdem er noch nicht sofort nach Erhebung des Anspruchs vorgelegt hat, noch nicht im Verzuge zu sein, zumal da der Anspruch, wie bereits öfters betont, mit Schonung auszuüben ist. Hiernach sind drei Stadien wohl zu unterscheiden: im ersten (bis zur Geltendmachung des Anspruchs ausschließlich) haftet der Urkundeninhaber noch gar nicht (nur allenfalls nach § 226 B.G.B.), im zweiten (bis zum Eintritt des Verzugs) nur für vorsätzliche Vernichtung und böswillige Abhandenbringung[6]), im dritten (vom Eintritt des Verzuges ab) für omnis culpa und casus (§ 287 B.G.B.), wie auch der Schenkungsversprecher trotz § 521 nach Eintritt des Verzuges gemäß § 287 haftet[7]).

Eine Ausnahme von dem Gesagten in dem Sinne, daß schon vor Erhebung eines Vorlegungsanspruchs eine Pflicht

auch rechtswidrigen — Vorteil zuzuwenden. In einem derartigen Fall kann im künftigen Prozeß höchstens § 444 C.P.O. aushelfen; s. unten § 36 V. Die hier vertretene Ansicht, daß sogen. Rechtsausübungshandlungen nicht unter § 826 B.G.B. fallen, wird von Planck zu § 226 u. § 826 geteilt, ist aber nicht die herrschende. Vgl. auch über diesen Punkt Oertmann, Deutsche Jur.-Zeitg. 1903 S. 325 ff. Vom Standpunkt der entgegengesetzten herrschenden Ansicht ist aber § 226 B.G.B. völlig überflüssig, da er durch § 826 gedeckt wäre. Wenn Oertmann a. a. O. diesem Einwand dadurch zu entgehen sucht, daß er zwar die gegen § 226, nicht aber die lediglich gegen § 826 verstoßenden Handlungen für rechtswidrig erklärt, so wird damit die bisher übliche Anschauung auf den Kopf gestellt, indem das illoyale Verhalten dessen, qui suo iure utitur, härter beurteilt wird als desjenigen, der nicht formell in Ausübung seines Rechtes handelt.

6) Im ganzen übereinstimmend, doch etwas weiter gehend in der Haftung Kohler § 4 S. 388.

7) Merkwürdig tolerant ist für die a. a. e. l. 7 § 5 D. 10,4: wenn während des Prozesses ohne Arglist der Besitz verloren wird, erfolgt Abweisung der Klage, obgleich doch, wie die Stelle selbst hervorhebt, in dem Nichtvorlegen nach Klageerhebung ein Verschulden liegt.

zur Aufbewahrung gegenüber dem Beteiligten bestehe, macht auch nicht, wie Kohler S. 388 meint, die Testaments- und Stiftungsurkunde, denn entweder ist der Errichter der Urkunde Besitzer, dann kann er als Eigentümer frei schalten und walten, oder aber ein anderer als der Eigentümer ist Besitzer, dann darf letzterer nach allgemeinen Grundsätzen die Urkunde nicht vernichten. Ist beim Testament der erste Eigentümer, der Erblasser, tot, so muß man annehmen, daß Eigentümer nicht der Erbe, sondern der Staat wird, der sie für die Beteiligten aufbewahrt (arg. § 2259 B.G.B.). Und die Pflicht zur Aufbewahrung der Stiftungsurkunde ergibt sich schon daraus, daß die Stiftung bereits vor der Entstehung gewisse Rechte hat (§§ 81—83 B.G.B.), und besteht auch nur so weit, als solche Rechte vorhanden sind, und für den Fall des § 83, daß das Stiftungsgeschäft in einer Verfügung von Todes wegen enthalten ist, findet das über Testamente Gesagte Anwendung.

II. Die Klage aus § 810 setzt voraus, daß der andere die Urkunde noch hat; hat er sie nicht mehr, und zwar infolge eines nach dem Vorhergehenden von ihm zu vertretenden Umstandes[8]), so kann der Vorlegungssucher zwar Schadensersatz fordern (§ 280 B.G.B.), aber dieser Anspruch verhält sich zu der Klage aus § 810, wie die Klage aus § 989 f. B.G.B. gegen den, qui dolo desiit possidere, zu der rei vindicatio (§ 985 B.G.B.) nach modernem Recht (beide —

8) Der dolo desinens haftet im gemeinen Rechte beim Exhibitionsanspruch (R.R. Bd. XX S. 260). Doch war zum Begriff des dolo desinere possidere nicht erforderlich, daß der Anspruch vorher im Sinne des obigen Textes (§ 6 V) geltend gemacht wurde. Demgemäß vertrat die a. a. e. auch die Entschädigungsklage gegenüber dem, qui dolo desiit possidere; dem desinens war schon „behufs Erteilung des iussus ad exhibendum nachgewiesen, daß er wissentlich eine fremde Sache aus seinen Händen gelassen hat" (Demelius § 17 S. 80—84). Vgl. z. B. l. 9 § 1 u. 4 D. 10, 4. In dieser Funktion ersetzte die a. a. e. völlig die auf Schadensersatz gehende rei vindicatio.

die Klage wegen Schadensersatzes beim Vorlegungsanspruch und die aus § 989 f. — wirken als solche nicht gegen den Sondernachfolger.

III. Es fragt sich noch, ob das Vorlegungsrecht im Sinne des § 823, 1 B.G.B. „ein sonstiges Recht" ist, dessen vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung zum Schadensersatz verpflichtet[9]). Unter den Begriff der „sonstigen Rechte" fallen nach herrschender[10]), auch hier vertretener Ansicht obligatorische Forderungsrechte nicht, schon aus dem Grunde, weil das rein ideelle Beziehungen zwischen zwei Personen sind; denn der Verletzer irgend eines Gegenstandes kann hinsichtlich seines Tuns nur vom Standpunkt des dinglichen Inhabers des Gegenstandes beurteilt werden, weil er ja dann, wenn er mit Einwilligung des Besitzers und Eigentümers verletzt, überhaupt nicht mehr rechtswidrig handelt; sonst müßte der, welcher in Kenntnis des für einen anderen bestehenden älteren obligatorischen Anspruchs einen Gegenstand erwirbt, also „vorsätzlich" das Forderungsrecht eines anderen „verletzt", auf Schadensersatz haften, und so würde die bekämpfte Ansicht auf das ius ad rem des A.L.R. zurückführen oder gar die Interessensphären des Völkerrechts in das Privatrecht versetzen.

Hieraus folgt: soweit auf Grund des Vorlegungsrechts dem Vorlegungssucher Besitz oder Mitbesitz eingeräumt ist, soweit also der Anspruch erfüllt ist, ist der Besitz als „sonstiges Recht" nach § 823, 1 geschützt[11]). Ist ein Vorlegungsanspruch noch gar nicht erhoben und daher noch nicht entstanden, so kann ein Schadenersatzanspruch, da nicht einmal

9) Die folgende Erörterung hat auch für § 809 Gültigkeit.

10) So z. B. Planck zu § 823; a. M. v. Lißt, Deliktsobligationen S. 21.

11) So auch hinsichtlich des Besitzes v. Lißt, Deliktsobligationen S. 21; a. M. Planck § 823 Erl. 2 a, der den Besitz nach Abs. 2 des § 823 geschützt wissen will.

gegen den Besitzer das Recht begründet ist, a potiori nicht gegen einen Dritten gegeben sein. Ist er aber erhoben, dann bleibt, wenn er auch jedem Besitzer gegenüber durchsetzbar ist, doch die ideelle Beziehung nur zu einer Person, nämlich dem Besitzer, dem gegenüber er erhoben ist, d. h. der obligatorische Charakter bestehen, so daß er gegen Dritte nicht wirkt; kommt die Urkunde in andere Hände, so muß der Anspruch von neuem geltend gemacht werden. Eine Geltendmachung des Anspruches dritten Personen gegenüber auf Grund des § 823 ist also in diesen Fällen ausgeschlossen[12]).

§ 7.

Der zur Vorlegung verpflichtende Inhalt der Urkunde; bestehende Rechtsverhältnisse im Sinne von § 810 B.G.B.

Von den drei Voraussetzungen, die § 810 für die Urkunde aufstellt, sind die beiden ersten die praktisch und rechtlich bedeutsamsten, während die dritte, daß die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, der Erklärung keine Schwierigkeiten bietet[1]). Außer diesen Voraussetzungen in der Urkunde selbst muß noch der Vorlegungssucher ein rechtliches Interesse haben.

---

12) Bei vorsätzlicher rechtswidriger Beschädigung seitens eines Dritten in der Absicht, dem Vorlegungssucher Schaden zuzufügen, kann jedoch § 826 B.G.B. Anwendung finden, dies auch dann, wenn der Anspruch noch nicht erhoben ist, aber nur, wenn der Dritte überhaupt rechtswidrig, d. h. nicht in Ausübung eines besonderen Rechtes handelt. Vgl. auch Oertmann, D. Jur.-Ztg. 1903 S. 326 zu Anm. 2 (linke Spalte).

1) Die zumeist für das gemeine Recht im Anschluß an das Rostocker O.A.G. (S.A. 29 Nr. 85, 16 Nr. 157) auch von Apt S. 43 unten angenommene Definition der documenta communia ist vom Standpunkt des § 810 zu eng. (Danach mußte sich die Urkunde objektiv auf das Rechtsverhältnis beziehen und im beiderseitigen Geschäftsinteresse errichtet sein, wenn auch nicht in der Absicht, als Beweismittel zu dienen.)

I. Wenn § 810 in der zweiten Alternative die Beurkundung eines zwischen dem Vorlegungssucher und einem anderen bestehenden Rechtsverhältnisses verlangt, so ist damit erfordert, daß der Vorlegungssucher direkt die eine Partei des beurkundeten Rechtsverhältnisses ist, mag es sich um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (Kauf) oder ein mehrseitiges (Vertrag zugunsten eines unmittelbar forderungsberechtigten Dritten, Schuldverhältnis mit gleichzeitigem Garantie- oder Bürgschaftsvertrag) handeln. Hingegen genügt es nicht, wenn das beurkundete Rechtsverhältnis mittelbar einen Einfluß auf die Rechtssphäre des Vorlegungssuchers ausübt, sei es auch vermittelst schon bestehender anderweiter Verträge und Rechtsbeziehungen[2]). Insofern ist das B.G.B. — wohl nicht mit Unrecht — bedeutend enger als das sächsische B.G.B. § 1566, das am weitestgehenden von den Partikularrechten in der materiellen Editionspflicht war. § 1566 lautete:

„Wem wegen eines Rechtes daran gelegen ist, eine Urkunde einzusehen, kann die Vorzeigung derselben von dem Inhaber verlangen, wenn sie ein ihn berührendes Rechtsverhältnis betrifft und nicht in Aufzeichnungen besteht, welche jemand bloß zu eigenen Zwecken gemacht hat. Soweit die Einsicht von Urkunden verlangt werden kann, dürfen auch Abschriften von denselben genommen werden.“

Der Relativsatz am Anfang enthält, abgesehen von dem sprachwidrigen Gebrauch des „wem“ bezw. der Weglassung des Subjekts im Hauptsatz, eine recht glückliche Umschreibung des in § 810 erforderten „rechtlichen Interesses“[3]). Wie sich aus der Hinzufügung der Ausnahme („und nicht in Aufzeichnungen besteht“ ꝛc) ergibt, konnte bereits Einsicht gefordert werden, wenn die Urkunde nur in irgendwelchem

2) Vgl. auch Rechtsprechung d. O.L.G. Bd. IV S. 52.
3) Vgl. unten § 15.

losen Zusammenhang mit der Rechtssphäre des Vorlegungssuchers stand, sie „berührt". Im Gegensatz zu § 1566 des sächsischen B.G.B. müssen bei § 810 B.G.B. gegenseitige Rechtsverhältnisse für den Vorlegungssucher direkt beurkundet sein; es genügt aber natürlich, daß er Rechtsnachfolger (Universalsukzessor oder Sondernachfolger) der ursprünglichen Partei ist, so daß die Möglichkeit, Vorlegungsansprüche zur Entstehung zu bringen und geltend zu machen, auf den übergeht, auf welchen die die Geltendmachung begründenden Rechtsverhältnisse übergegangen sind. Das mittelbare Interesse genügt nicht. Wenn der Vorlegungssucher der eigentliche Geschäftsherr, ein anderer nur Fiduziar ist, sei es überhaupt oder nur im Verhältnis zu den Gläubigern des andern, wie im Verhältnis von Kommittenten und Kommissionär (§ 392 H.G.B.), so ist in den Urkunden über Geschäfte, die der andere in Erfüllung des Auftrages des Vorlegungssuchers abgeschlossen hat, unmittelbar ein Rechtsverhältnis des letzteren beurkundet[4]). Die Ehefrau ist bei der allgemeinen Güter-, der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft stets an den zum Gesamtgut gehörigen Geschäften beteiligt und daher mit Partei, so daß sie bezüglich der darüber errichteten Urkunden nach § 810 vorlegungsberechtigt ist[5]).

II. Dagegen besteht kein Einsichtsrecht aus § 810 zugunsten des Vorkaufsberechtigten an der zwischen dem Verpflichteten und dem dritten Käufer errichteten Urkunde[6]). Denn der Vorkaufsberechtigte ist nicht Partei des geschlossenen Vertrages und steht zu dem Käufer in gar keiner Rechtsbeziehung, auch nicht bei dinglichen im Grundbuch eingetrage-

4) So hinsichtlich des Kommissionsgeschäfts auch Kohler S. 398 § 8.

5) So hinsichtlich der Errungenschaftsgemeinschaft des Code civil auch R.G. Bd. L S. 336 f., jedoch mit abweichender, wenig überzeugender Begründung. Vgl. u. § 13 Anm. 4.

6) A. M. Kohler S. 399 § 8.

nen Vorkaufsrechten, die dem Dritten gegenüber nur die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung entstehenden Eigentumsübertragungsanspruchs (§ 1098, 2 B.G.B.), also nur die Wirkung einer Abwehr haben; und auch im Verhältnis zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und -berechtigten nach Ausübung des Vorkaufsrechts ist der schriftliche Vertrag mit dem dritten Käufer nicht sofort der jetzt maßgebende Vertrag, sondern es kommt nur durch die Erklärung der neue Kaufvertrag zustande, allerdings zu den Bedingungen des ersteren (§§ 505, 2, 1098, 1 B.G.B.)[7].

Es hat ferner kein Einsichtsrecht nach § 810 z. B. der offene Handelsgesellschafter nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft an den künftigen Bilanzen und den Büchern, soweit die künftigen Geschäfte beurkundet sind, auch wenn er nach dem Abkommen beim Ausscheiden an den Geschäften der nächsten Jahre zu einem Prozentsatz beteiligt ist[8]; denn die einzelnen Geschäfte betreffen nicht mehr gemeinsame Rechtsverhältnisse des ausgeschiedenen Gesellschafters. Ebenso verhält es sich mit folgendem in der Praxis vorgekommenen Fall: Jemand war Leiter der Filiale einer Fabrik und zu einem Teile des aus der Filiale erzielten Reingewinns beteiligt; eines Tages wurde er plötzlich entlassen, und er verlangt nunmehr, um den erzielten Gewinn kontrollieren zu können, Vorlegung nicht nur der Bücher der Filiale, sondern auch der des Hauptgeschäftes der Firma, da in diesen anstatt in den Büchern der Filiale die Inventur über den Warenbestand der Filiale aufgenommen war. Ein Einsichtsrecht besteht auch hier nicht; denn die Inventur und Bilanz beurkundet kein Rechtsverhältnis, an dem der Filialleiter unmittelbar beteiligt ist, und aus diesem Grunde

7) Ebenso bei dem Vorkaufsrecht der Miterben § 2034.

8) Auch nicht bei der gesetzlich vorgesehenen Beteiligung des § 740, 2 B.G.B., so auch Fischer-Henle Anm. 3 zu § 740.

würde ein Recht aus § 810 auch nicht einmal an den Büchern über die von der Filiale abgeschlossenen Geschäfte bestehen[9]. Dasselbe gilt auch von dem commis interessé, dem Handlungsagenten, den Parteien des Exzedentenversicherungsvertrags, bei welchem vereinbart ist, daß alle eine bestimmte Höhe überschreitenden Versicherungen bei der anderen Partei, dem Exzedentenversicherer, rückversichert seien, und auch von dem stillen Gesellschafter, wo überall die Verbindung erst vermittelst eines weiteren Rechtsverhältnisses hergestellt wird.

III. In vielen derartigen Fällen, so auch beim Vorkaufsrecht, gewährt aber das spezielle Rechtsverhältnis ein Einsichtsrecht, das teilweise ausdrückliche gesetzliche Anerkennung und Regelung gefunden hat, so das des stillen Gesellschafters (§ 338 H.G.B.). Man wird in der Einräumung eines Einsichtsrechtes aus dem besonderen Rechtsverhältnis auch liberal sein und es allgemein stets dann gewähren müssen, wenn es die eine Partei braucht, um die Angaben der anderen kontrollieren zu können, sei es, um daraus Rechte herzuleiten, oder sei es, um den Umfang ihrer Verbindlichkeit zu begrenzen; denn es widerspräche Treu und Glauben im Verkehr, dem Kontrahenten zuzumuten, sich blindlings auf die Angaben des Gegners zu verlassen. Auch besteht die große Bedeutung einer weitherzigen Gewährung von Einsichtsrechten in der Vermeidung von Prozessen, was nach einem Ausspruch von Bierhaus die höchste Aufgabe jeder Prozeßordnung ist; denn gewährt man das Einsichtsrecht nicht, dann ist der Vorlegungssucher gezwungen, wenn er den Verdacht hat, vom Gegner benachteiligt zu sein, einen Prozeß aufs Geratewohl zu erheben, um auf Grund willkürlicher Behauptungen durch Eideszuschiebungen oder Erreichung der Anordnung der Vorlegung

9) Vgl. auch O.L.G. Hamburg, Rechtsprechung der O.L.GG. Bd. II S. 18.

von Handelsbüchern gemäß § 45 H.G.B. einen Beweis zu erhalten, den er einfacher, schneller und billiger sich privatim verschaffen könnte. Man wird insbesondere in allen Fällen, in denen eine Gewinnbeteiligung besteht, so insbesondere bei den erwähnten, ein dem Recht des stillen Gesellschafters analoges Recht gewähren, da diese Fälle am meisten Aehnlichkeit mit dem Wesen der stillen Gesellschaft haben[10]), und dem erwähnten Filialleiter auch, soweit erforderlich, ein Recht bezüglich der Hauptbücher der Firma geben. Es ist jedoch nicht angängig, da, wo das Gesetz ausdrücklich das besondere Rechtsverhältnis auch hinsichtlich der zur Kontrolle dienenden Rechte geregelt und ein direktes Einsichtsrecht versagt hat (so dem Agenten, der nur das Recht auf einen Buchauszug hat, § 91 H.G.B., unten § 21 I), auf dem beliebten Umweg oder Abweg mittels „Treu und Glaubens“ ein Einsichtsrecht zu konstruieren.

In allen Fällen wird im übrigen gegen eine liberale oder, wenn man es so ausdrücken will, analoge Interpretation nichts einzuwenden sein; hingegen ist vorläufig mit Ausnahme der unten § 14 behandelten Fälle noch nicht abzusehen, wie man den § 810, wie die Protokolle[11]) wollen, analog ausdehnen soll, ohne vollständig seine Grundgedanken preiszugeben und ins Uferlose zu geraten[12]).

Auch ohne daß ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht, kann ein Einsichtsanspruch begründet sein, z. B. wenn auf Grund eines Delikts oder einer allgemeinen Haftpflicht eine Partei einen Schadensersatzanspruch gegen eine andere erhebt. Man denke etwa an den Fall, daß jemand

10) Eine ähnliche Anregung findet sich in der Anm. 9 zit. Entscheidung.

11) Bd. II S. 774 f.

12) Auch Rechtsprechung d. O.L.G. Bd. IV S. 52 hält analoge Ausdehnung nur für ausnahmsweise zulässig.

gegen einen Eisenbahnunternehmer auf Ersatz der Heilungskosten wegen der durch einen Betriebsunfall verursachten Körperverletzung einen Anspruch hat. Der Eisenbahnunternehmer wird, um in der Lage zu sein, die Angaben des Gegners zu kontrollieren und den Umfang seiner Verbindlichkeit zu begrenzen, die Belege, Quittungen u. dgl. vom Gegner verlangen können. Man wird überhaupt wohl den allgemeinen Grundsatz aufstellen dürfen, daß überall dort, nicht nur, wie oben, bei bestehenden Kontraktsverhältnissen, ein Anspruch auf Mitteilung der Beweismittel, seien es Urkunden oder Zeugen, besteht, wenn die eine Partei dessen bedarf, um die Angaben der anderen zu kontrollieren, um den Umfang ihrer Verbindlichkeit gegenüber erhobenen Ansprüchen begrenzen zu können [13], und man nach Treu und Glauben ihr nicht zumuten kann, sich blindlings auf die Angaben der anderen zu verlassen. Wird in einem solchen Fall die Einsicht zu Unrecht verweigert und kommt es demnächst zum Prozeß, dann hat der Beklagte nicht „zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben", wenn er vor gehörigem außergerichtlichen Nachweis die Zahlung abgelehnt hat; erkennt er nach gehöriger Substantiierung in der Klage sofort an, so sind daher nach § 93 C.P.O. die Kosten dem Kläger aufzuerlegen [14].

Daß in allen erwähnten Fällen nur ein spezielles, nicht das allgemeine Einsichtsrecht, besteht, hat, wie bereits § 5 VII hervorgehoben, seine große Bedeutung, ist aber nicht immer scharf unterschieden worden [15]. Die Richtigkeit unserer An-

13) Nicht etwa auch um ihrerseits irgendwelche Ansprüche zu erheben, denn das würde ja zu der allgemeinen Möglichkeit führen, in die Verhältnisse anderer einzudringen.

14) Erfolgt die Substantiierung erst später und erkennt er daher erst später an, so müssen ihm zwar die Kosten des schwebenden Prozesses auferlegt werden, aber er kann diese im besonderen Prozeß zurückverlangen. Vgl. den analogen Fall unten § 8 II.

15) So von Kohler § 9 S. 399 Anm. 64a und dem R.G. Bd. XX

sicht, daß in den erwähnten Beispielen nicht ein Vorlegungsrecht aus § 810 vorliegt, zeigt sich, wenn man die Probe aufs Exempel macht und fragt, ob das Recht auch gegen den Sondernachfolger wirksam wäre. Man wird aber in keinem der Beispiele annehmen wollen, daß, wenn das Handelsgeschäft mit den Büchern ohne Uebernahme der Passiva verkauft wird, trotz größten Interesses, ein Vorlegungsrecht in Ansehung der in den Händen des Käufers befindlichen Bücher besteht.

IV. Die Absicht für einen anderen, eine gemeinsame Urkunde zu schaffen, braucht bei der Errichtung der Urkunde nicht vorzuwalten[16]); es genügt eben, daß das Schriftstück eine solche Urkunde ist. Hiernach beurkundet die Eintragung in Handelsbücher über das mit einem andern geschlossene Rechtsgeschäft und die auf Grund desselben vorgenommenen Rechtshandlungen, z. B. Zahlung, stets ein mit dem andern bestehendes Rechtsverhältnis. Denn diejenigen Handelsbücher, deren Führung vom Gesetz vorgeschrieben ist (§§ 38 ff. H.G.B.), tragen einen gewissen öffentlichrechtlichen Charakter und sind nicht bloße Privataufzeichnungen[17]). Für die alte C.P.O. wurde vielfach — mit Unrecht — bestritten, daß für Handelsbücher auf Grund der Gemeinschaftlichkeit (§ 387 Nr. 2) eine Vorlegungspflicht im Prozeß bestehen könne; vielmehr sei, so behauptete man, § 387 Nr. 2 insoweit durch die Vorschrift des Art. 37 A.D.H.G.B., wonach der Richter die Vorlegung der Handelsbücher anordnen könne, ausgeschlossen. Der dem Art. 37 entsprechende § 45 H.G.B. hat dem Streit bewußt

S. 45, die beim Exzedentenversicherungsvertrag das allgemeine Editionsrecht gewähren; ferner von Goldschmidt s. unten § 10 II.

16) Diese falsche Theorie des Beweiszwecks, von Kohler „Voluntartheorie“ genannt, spielte in der gemeinrechtlichen Theorie eine große Rolle. Vgl. darüber Kohler S. 391 f. § 7, Apt S. 39 f.

17) S.A. 37 Nr. 348 (R.G. 12. Mai 1882).

ein Ende gemacht, indem der neue Abs. 2 bestimmt: „Die Vorschriften der C.P.O. über die Verpflichtung des Prozeßgegners zur Vorlegung von Urkunden bleiben unberührt." Da aber eine Verpflichtung nach der C.P.O. nur bestehen kann, wenn eine solche nach bürgerlichem Recht vorhanden ist, so steht also wohl auch das H.G.B. auf dem Standpunkt, daß die Handelsbücher, sofern sie über Rechtsverhältnisse Beurkundungen erhalten, unter § 810 B.G.B. fallen. Uebrigens spielt die Frage bei der Begründung von Vorlegungsanträgen im Prozeß keine allzu große Rolle, da man dort mit der Vorschrift des § 45, 1 H.G.B. im allgemeinen auskommt, ohne die Frage der Gemeinschaftlichkeit weiter zu prüfen (vergl. unten § 23 III).

§ 8.

Exkurs: Die Quittung.

I. Da die Zahlung (solutio) selbst ein Vertrag ist, an den sich Rechte und Pflichten knüpfen[1]), so beurkundet auch die Quittung ein gemeinsames Rechtsverhältnis[2]) und ist nicht etwa nur im Interesse des zahlenden Schuldners errichtet. Das ist von Bedeutung, weil dann ihre Vorlegung nicht nur der Schuldner, sondern auch der Gläubiger verlangen kann, der daran ein Interesse möglicherweise hat, um zu ersehen, wieviel der Schuldner bereits bezahlt und wieviel er noch zu fordern hat, oder um durch die Quittung über eine Teilzahlung die Unterbrechung der Verjährung zu beweisen (§ 208 B.G.B.)[3]). Dieser letzte Gesichtspunkt schien

---

1) Vgl. Endemann § 141 Anm. 8 S. 795.

2) So auch Kohler § 8 S. 397; auch zahlreiche Entscheidungen der gemeinrechtlichen Praxis für die Vorlegungspflicht, z. B. S.A. 4 Nr. 169, 16 Nr. 88, 17 Nr. 169.

3) Die Unterbrechung der Verjährung hat der Gläubiger zu beweisen.

sogar dem spätrömischen Recht mit seiner nervösen Vorsicht, die auch die Beweiskraft der Quittung an den Ablauf einer Frist knüpfte (sog. exceptio non numeratae pecuniae), wichtig genug, um dem Gläubiger, der dem Schuldner in gewissen Fällen, namentlich bei wiederkehrenden Leistungen, eine apocha (Quittung) gegeben hatte, das Recht einzuräumen, eine vom Schuldner ausgestellte antapocha zu verlangen (c. 19 de fide instr. [4,21]). Es ist aber schon jetzt zu bemerken[4]), daß im Prozeß das Vorhandensein der Quittung bei irgend einer Person an sich nicht den Umstand beweist, daß der Schuldner gezahlt habe, sondern nur die nackte Tatsache, daß der Gläubiger eine Quittungserklärung abgegeben habe, denn Quittungen werden auch in der Erwartung künftiger Zahlung ausgestellt. Ist aber die Quittung gerade im Besitze des Schuldners[5]), so wird man daraus allerdings nach den Regeln des täglichen Lebens[6]) die geleistete Abschlagszahlung schließen können, aber nicht aus dem Vorhandensein der Quittung als solcher, sondern in Verbindung mit dem Umstand, daß sie gerade der Schuldner hat, der sie voraussichtlich durch Begebung des Gläubigers erhielt und nicht ohne geleistete Zahlung erhalten haben würde[7]).

II. Da der Gläubiger ferner der Vorlegung der Quittung häufig bedarf, um zu ersehen, ob und wieviel der Schuldner gezahlt und ob und wieviel er (der Gläubiger) noch zu fordern

---

4) Vgl. unten § 38 III.

5) Was jedoch nicht durch das Vorlegungsverfahren bewiesen werden kann; vgl. unten § 38 III.

6) Fälschlich sog. praesumtio facti; vgl. Stein, „Das private Wissen des Richters“ S. 35, 49 Anm. 11; Gaupp-Stein § 282 IVa, 4.

7) Aus diesem Grunde braucht auch in dem häufigeren umgekehrten Falle der Schuldner, der sich auf die Zahlung beruft, nicht die Begebung der Quittung zu beweisen.

hat, worüber er als Rechtsnachfolger (Erbe, Käufer des Geschäfts mit Aktiven und Passiven) völlig in Unkenntnis sein kann, so ist das Einsichtsbegehren auch in solchen Fällen vollauf berechtigt, und der Schuldner darf nicht, wie es im Leben häufig geschieht, wenn er von dem Zahlung verlangenden Gläubiger zur Vorzeigung der Quittung aufgefordert wird, sagen, dazu sei er nicht verpflichtet; wird dann der Schuldner auf Zahlung belangt und siegt er infolge der nunmehrigen Vorweisung der Quittung ob, so bieten zwar die formalistischen Kostengrundsätze der C.P.O. keinen Raum, um dem siegreichen Beklagten die Kosten aufzuerlegen, da leider keine dem § 94 C.P.O. analoge Bestimmung vorhanden ist; aber es besteht kein Bedenken, daß der unterlegene Kläger als Schadensersatz wegen der schuldhaften Nichterfüllung seines Vorlegungsanspruchs in besonderem Prozeß die gezahlten Prozeßkosten zurückverlangt[8]. Dies Resultat entspricht auch dem Anstand des Verkehrs und der Billigkeit.

III. Wenn übrigens der Schuldner die Einsicht der im Besitz anderer befindlichen Quittung verlangen will, so braucht er sich nicht auf § 810 zu stützen, sondern er kann sein Eigentum geltend machen; denn man wird in analoger Anwendung des § 952 B.G.B., wonach das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein stets ipso iure dem Gläubiger zusteht, umgekehrt den Rechtssatz aufstellen müssen, daß dem Schuldner, der gezahlt hat, das Eigentum an der Quittung zusteht, sobald sie aus dem Gewahrsam des Gläubigers herausgekommen ist, auch wenn jemand anders das Eigentum an dem Papier zugestanden haben sollte[9].

8) Damit wird nicht behauptet, daß der erste Prozeß unrichtig entschieden sei, so daß dieser Fall nicht mit dem § 28 zu Anm. 9 verwechselt werden darf.

9) Aus § 368 B.G.B. folgt dieser dingliche Rechtssatz noch nicht.

§ 9.

Fortsetzung von § 7.

I. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der offenen Handelsgesellschaft sowie der Kommanditgesellschaft, nicht aber bei der stillen Gesellschaft sind die von der Gesellschaft geschlossenen Geschäfte sowie alle in den Geschäftsbüchern beurkundeten Geschäfte Rechtsverhältnisse, an denen jeder Gesellschafter als Gemeinschafter zur gesamten Hand beteiligt ist, so daß für jeden, auch den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter ein Recht aus § 810 besteht. Für die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses — aber nur für diese — hat das Gesetz besondere primär geltende, den allgemeinen § 810 ausschließende Vorschriften gegeben, welche für den offenen Handelsgesellschafter und den Gesellschafter des bürgerlichen Rechts günstiger (§ 118 H.G.B., vergl. auch § 498 das., § 716 B.G.B.), für den Kommanditisten (§ 166 H.G.B.) nicht ungünstiger, sondern nur spezieller als § 810 sind[1]). Soweit in dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage Beschränkungen gegenüber dem Einsichtsrecht des § 810 gefunden werden sollten, sind diese natürlich für die Beteiligten gültig und bindend (vergl. Kohler S. 398 § 8); aber dritte Personen können diese Beschränkungen dem nach § 810 Einsicht verlangenden Gesellschafter gegenüber nur dann geltend machen, wenn und soweit sie als Rechtsnachfolger oder im Namen der Gesellschaft die Bücher besitzen.

II. Das Recht aus § 810 ist auch gegeben für den, der nicht Alleinerbe, sondern nur Miterbe des ursprünglich

1) Für den Fall der Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft gilt § 157 H.G.B. § 157, 3 spricht nicht etwa dagegen, daß an sich § 810 B.G.B. anwendbar sei, sondern sagt nur, daß auch nach durchgeführter Liquidation die bisherigen Gesellschafter und deren Erben das Recht der Einsicht und Benutzung der Bücher in dem früheren Umfang ausüben dürfen.

Berechtigten ist. Wenn er allerdings keinerlei Einwirkung auf das im Hintergrund stehende Recht, um dessentwillen die Vorlegung gewünscht wird, haben sollte, z. B. wenn er auf dasselbe durch Erbrezeß verzichtet hat, dann fehlt ihm auch das rechtliche Interesse. Trotzdem sind aber die übrigen Voraussetzungen des § 810 vorhanden und auch das rechtliche Interesse kann wieder aufleben. Das zeigt sich an folgendem Beispiel: Der Miterbe A hat auf den Anteil seines Erblassers an der offenen Handelsgesellschaft X & Co. zugunsten seiner Miterben verzichtet. Nachträglich möchte er gern die eigentliche Größe dieses Anteils kennen lernen; doch er hat keine Einsicht in die Geschäftsbücher der Firma, da ihm das rechtliche Interesse fehlt. Wenn er aber als Miterbe solidarisch auf die ganze Höhe einer Erbschaftsschuld belangt wird und die Erschöpfungseinrede geltend machen will (§§ 1990—1992 B.G.B.), so lebt sein rechtliches Interesse wieder auf, und insofern ist die Scheidung des rechtlichen Interesses von den übrigen Voraussetzungen des § 810 von Bedeutung. Das Interesse würde auch wieder aufleben, wenn A den Verzicht auf den Geschäftsanteil seinen Miterben gegenüber anfechten wollte, weil diese ihn durch zu niedrige Angaben seiner Höhe arglistig getäuscht hätten.

III. Von diesem Standpunkt aus ist ein berühmter Fall zu entscheiden, der den Anlaß zu dem Gutachten Goldschmidts[2]) in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. XXIX S. 341 ff. gegeben und seine prozessuale Erledigung in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. XII S. 412 ff. gefunden hat. Der Fall, soweit er hier interessiert, läßt sich kurz dahin zusammenfassen: Der Erblasser war Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft, aus der er noch bei Lebzeiten ausgeschieden war; in den Handelsbüchern sind gewisse Transaktionen, Zuwen-

2) Ueber Editionspflicht u. s. w.

dungen eines Teils des Geschäftsguthabens u. dgl. des Erblassers an seinen einen Sohn, den einen der Miterben, enthalten, und es besteht auf seiten einiger Miterben die Vermutung, daß diese Zuwendungen der Kollationspflicht unterliegen. Können diese Miterben, die Kläger, auf Grund von § 387 Nr. 2 C.P.O.[3]) bezw. § 810 B.G.B. Einsicht in die Handelsbücher der Gesellschaft verlangen, gleichviel, wer die Miterben sind?

Die Uebertragungen der angeblich kollationspflichtigen Zuwendungen durch Uebertragung eines Teiles des Geschäftsguthabens auf die Söhne des Erblassers sind jedenfalls Transaktionen, welche ein Rechtsverhältnis zwischen dem Erlasser und dem Sohn, sowie auch dem Erblasser und der Handelsgesellschaft begründen, letzteres schon aus dem Grunde, weil dadurch die Minderung des Kapitalskontos des Erblassers der Gesellschaft gegenüber festgestellt wurde, der überdies auch gar nicht ohne Einwilligung der Mitgesellschafter berechtigt war, sein Geschäftsguthaben zu übertragen. Da die Kläger aber Miterben sind, so ist nach dem Vorhergesagten auch ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen und der Gesellschaft und dem angeblich bevorzugten Bruder begründet[4]).

3) In dem Falle fragte es sich vornehmlich zuerst, ob § 387 Nr. 2 überhaupt Anwendung finde. Denn da unter dem sonst zur Anwendung kommenden Code civil die Gemeinschaftlichkeit der Urkunde keine Vorlegung erzeugte, war mit der Verneinung der Frage der Prozeß für die Kläger verloren. Das R.G. beschränkte sich auch vom Standpunkt des praktischen Prozeßbedürfnisses aus allein auf die Entscheidung dieser Frage, die es ebenso wie Goldschmidt mit Recht verneint (vgl. unten § 25 II). Goldschmidt untersuchte aber, zugleich wissenschaftliche Zwecke verfolgend, ob vom Standpunkt des gemeinen Rechts und des § 387 Nr. 2 ein Vorlegungsrecht bestände. Nur soweit Goldschmidt die Gemeinschaftlichkeit der Bücher und ihre Vorlegungspflicht auch vom Standpunkt des § 387 C.P.O. a. F. und des gemeinen Rechts verneint, wird seine Auffassung im Text bekämpft, während sein praktisches Endresultat durchaus gebilligt wird.

4) Hiernach erscheinen die Ausführungen von Goldschmidt § 7

Die Gemeinschaftlichkeit der Handelsbücher wird daher von Goldschmidt nicht mit Recht verneint. Hingegen hat Goldschmidt § 7 Nr. 4 S. 400 f. insofern recht, als an sich die Vorlegungssucher die Besichtigung der Bücher der beklagten Gesellschaft nur insoweit verlangen dürften, als sie dieselben, als den fraglichen vorlegungspflichtigen Inhalt, nämlich kollationspflichtige Zuwendungen enthaltend, bezeichnen können. Sie dürften hingegen nicht alle Bücher auf das Geratewohl verlangen und durchstöbern.

Nun enthalten aber die Bücher als Handelsbücher, wie bereits unter I dargelegt, in ihrem ganzen Inhalt gemeinschaftliche Rechtsverhältnisse des Erblassers und der Gesellschaft und folglich auch seiner Erben (der Kläger) und der Gesellschaft, und insoweit können die Erben überhaupt die Bücher gänzlich einsehen. Soweit sich also das rechtliche Interesse der Kläger erstreckt, müssen sie auch vorgelegt werden, und das rechtliche Interesse braucht nicht auf das genaueste analysiert zu werden[5].

Der Grund der abweichenden Goldschmidtschen Ansicht dürfte aber in folgendem liegen:

Goldschmidt, der in der Auffassung der Gemeinschaftlichkeit der Urkunden ziemlich eng ist[6], verneint die Anwendbarkeit des § 387 Nr. 2 C.P.O. dann (S. 393), wenn die Urkunde erst gemeinschaftlich geworden ist, sofern sie es zur Zeit ihrer Errichtung nicht war; die Gemeinschaftlichkeit müsse bei der Errichtung vorhanden gewesen sein. Darin liegt aber ein Rückfall in die überwundene „Voluntartheorie“[7]. Denn

S. 398 f. unzutreffend, das Beispiel S. 399 unten schon deshalb, weil in demselben überhaupt kein Rechtsverhältnis des Vorlegungssuchers in den Handelsbüchern beurkundet ist.

5) Vgl. unten § 15 I.

6) § 6 S. 388—397.

7) Siehe oben § 7 zu Anm. 16.

Rechtsverhältnisse sind beurkundet (§ 387 Nr. 2 C.P.O. a. F., § 810 B.G.B.), wenn die Gemeinschaftlichkeit auch erst später eingetreten ist.

§ 10.

Erledigte Rechtsverhältnisse und Verzicht auf das Vorlegungsrecht.

I. Wenn Goldschmidt die Gemeinschaftlichkeit dann verneint, wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach einmal eine gemeinschaftliche war, es aber zur Zeit der Erhebung der Klage nicht mehr ist, da keine Editionspflichten in betreff „erledigter“ Rechtsverhältnisse beständen, so hat er nur insoweit Recht, als bei erledigten Rechtsverhältnissen es häufig an dem rechtlichen Interesse[1]) fehlen wird. Hingegen kann nicht zugegeben werden, daß es überhaupt „erledigte Rechtsverhältnisse“ im Sinne Goldschmidts gibt. Es gibt höchstens Ansprüche, die erloschen sind. Es kommt aber gar nicht darauf an, daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorlegungssucher und dem Urkundenbesitzer (bezw. einem Dritten) noch besteht, d. h. noch Rechte und Pflichten äußert[2]). Denn das Rechtsverhältnis kann im Verhältnis anderer als der ursprünglichen Kontrahenten von rechtlicher Bedeutung sein (so gerade in dem Goldschmidtschen Fall hinsichtlich der Kollationspflicht). Die in der Urkunde beurkundeten Tatsachen sind eben geschehen und

1) Das rechtliche Interesse mußte auch bei § 387 Nr. 2 C.P.O. vorhanden sein; doch versteht sich sein Vorhandensein in der Regel von selbst, wenn die Urkunde als Beweismittel im Prozeß benutzt wird; s. darüber unten § 26 VI.

2) Dies ist bei § 810 B.G.B. um so sicherer, als ja das Rechtsverhältnis nicht mit dem Urkundeninhaber zu bestehen braucht, sondern auch mit einem Dritten bestehen kann und der Urkundeninhaber, für den allein der Inhalt der Urkunde maßgebend ist, gar nicht zu beurteilen vermag, ob das Rechtsverhältnis noch Rechte und Pflichten äußert.

können niemals ungeschehen d. h. „erledigt" werden. Außerdem kann ein Rechtsverhältnis, das man für beendigt ansieht, noch nach langer Zeit wieder Wirkungen, auch zwischen den Kontrahenten, ausüben[3]), gleich einem Vulkan, den man für erloschen ansieht. Es kommt ebensowenig darauf an, daß das Rechtsverhältnis noch besteht, wie — unbestrittenermaßen — darauf, daß der im Hintergrund stehende Anspruch, „das rechtliche Interesse", seine Spitze gegen den Urkundeninhaber richtet. Das präsentische Partizipium („bestehende Rechtsverhältnisse") in § 810[4]) darf, wenn anders man zu einem vernünftigen Resultat kommen will, nicht in dem Sinne aufgefaßt werden, daß noch Rechte und Pflichten aus dem Rechtsverhältnis aktuell sind; dazu nötigt auch nicht der Wortlaut[5]). Hiernach kann auch nach erfolgter Cession der Cedent beim Vorhandensein eines rechtlichen Interesses Vorlegung der Schuldurkunde verlangen, da sie das zwischen ihm und dem Drittschuldner „bestehende" Rechtsverhältnis beurkundet[6]).

II. Ein weiterer Grund für die abweichende Ansicht Goldschmidts[7]) liegt in einer nicht ganz scharfen Auffassung über

3) Z. B. noch 30 Jahre nachher ist Anfechtung wegen Irrtums oder Betrugs möglich, B.G.B. §§ 121, 2, 124, 3. Aehnlich wie im Text Kohler S. 406 f. § 12; vgl. noch das Eigentum nach Verjährung der rei vindicatio (Planck zu § 194 B.G.B.).

4) „Beurkundet sind" in § 387 Nr. 2 C.P.O. a. F.

5) Auch nach dem inhaltlich mit § 810 und § 387 Nr. 2 C.P.O. verwandten, wenn auch weitergehenden § 1566 des sächs. B.G.B. bestand offenbar eine Vorlegungspflicht bei „erledigten" Rechtsverhältnissen.

6) R.G. Bd. XXI S. 80 ff. spricht nicht gegen, sondern für die im Text vertretene Ansicht, daß nach Abwicklung (Erledigung) eines Geschäfts noch Einsichtsrechte bestehen können. In der Entscheidung handelt es sich, was nicht klar hervortritt, allerdings nicht um die allgemeine Editionspflicht, sondern um die aus speziellem Rechtsverhältnis (Kommissionsvertrag), und auch diese läßt das Reichsgericht bestehen, soweit die betreffenden Urkunden noch vorhanden sind.

den Verzicht auf Einsichtsrede, wodurch wir zu einigen allgemeinen Betrachtungen über den Verzicht auf Einsichtsrechte geführt werden. In dem den Gegenstand des Goldschmidtschen Gutachtens bildenden Fall kann man für tatsächlich erwiesen ansehen, daß der Erblasser bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft auf die aus dem Gesellschaftsverhältnis etwa noch entspringenden Einsichtsrechte verzichten wollte. Goldschmidt verwechselt nun, indem er die von uns öfters betonte Unterscheidung nicht macht[8], das besondere Recht des Gesellschafters auf Vorlegung der Handelsbücher, das durch die Gesellschaftsverhältnisse bedingt ist, und den davon unabhängigen allgemeinen Vorlegungsanspruch und spricht den Klägern wegen des erwähnten Verzichts auf das erstere Recht jeden Einsichtsanspruch ab.

Das erstere Recht des Erblassers als Gesellschafters kann natürlich durch den Gesellschaftsvertrag und sonstige Vereinbarung ausgeschlossen werden, und diese Beschränkung geht auch auf die Erben über; dabei ist es gleichgültig, ob die nach dem Tode des Gesellschafters — sei es auch, daß dieser schon vorher bei Lebzeiten ausgeschieden war — in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter die Miterben der Vorlegungssucher oder andere extranei sind[9]). Diese Beschränkung ist selbstverständlich a potiori gültig, weil der Erblasser auch auf seinen Geschäftsanteil überhaupt verzichten konnte. Hinsichtlich aller Verhältnisse des Erblassers zu der Gesellschaft kann also die Vorlegung ausgeschlossen werden.

Hingegen kann ein Erblasser schlechterdings nicht auf das Einsichtsrecht hinsichtlich der Kollationsansprüche der Miterben (hier der Kläger) verzichten; denn das sind Ansprüche, die gar

7) Vgl. auch § 8 S. 402 ff.

8) Vgl. oben §§ 5 VII, 7 III.

9) In dem Falle waren die verbleibenden Gesellschafter teils Miterben, teils extranei.

nicht den Anspruch des Erblassers gegen die Handelsgesellschaft, deren Mitglied er war, berühren und vom Willen des Erblassers ganz unabhängig sind. Die Parteien können ein Rechtsverhältnis derart „erledigen", daß zwischen ihnen hinsichtlich dieses Rechtsverhältnisses kein rechtliches Interesse mehr bestehen kann, aber sie können schlechterdings nicht bewirken, daß niemals zwischen ihnen ein rechtliches Verhältnis bestanden habe, da das unmöglich ist. Sofern sich an dies historische Faktum später Ansprüche anknüpfen, lebt auch ein Anspruch an der darüber errichteten Urkunde wieder auf.

III. Da ferner das allgemeine Editionsrecht des gemeinen Rechts, des § 387 Nr. 2 C.P.O. a. F. und des § 810 B.G.B. kein bereits bestehender Anspruch ist, sondern erst mit der Geltendmachung bei Verfolgung eines konkreten rechtlichen Interesses entsteht[10]), so wird im Zweifel auf das Einsichtsrecht nur unter dem Gesichtspunkt eines bestimmten rechtlichen Interesses, eines im Hintergrunde stehenden Hauptanspruchs[11]) und in Verbindung mit diesem verzichtet, nicht aber in bezug auf andere, nicht damit in Zusammenhang stehende Rechtsverhältnisse, und es kann überhaupt nur auf die Einsicht verzichtet werden, soweit auf den Hauptanspruch verzichtet werden kann. Daher kann der Erblasser auf das Einsichtsrecht insoweit auch für seine Erben verzichten, als er auf Ansprüche derselben mit bindender Kraft für sie verzichten kann. Soweit er dies aber nicht vermag, kann er auch nicht auf das denselben entspringende Einsichtsrecht verzichten. Sofern aber ein Kollationsanspruch besteht[12]), ist er unabhängig vom Willen des Erblassers, denn er tritt nur dann ein, wenn die Erben als gesetzliche Erben erben oder auf ihren gesetzlichen Erbteil

10) S. oben § 5 V.

11) Vgl. oben § 3 Anm. 7 (iudicium directum).

12) Jeder Erblasser kann natürlich so testieren, daß ein Kollationsanspruch nicht besteht.

eingesetzt sind (§§ 2050, 2052 B.G.B.); da also der Ausgleichungsanspruch nicht ein bereits dem Erblasser zustehender Anspruch ist, auf den er verzichten könnte, so kann er auch nicht auf das zu seiner Verwirklichung dienende Einsichtsrecht verzichten, und es ist bei dem Goldschmidtschen Fall ganz unerheblich, daß in der Handelsgesellschaft, die ihre Bücher vorlegen soll, auch extranei sind.

IV. Noch viel weniger kann der Erblasser auf das Recht solcher Personen verzichten, die gar nicht seine Rechtsnachfolger sind, wie das des Pflichtteilsberechtigten, sei es das nach § 2314 oder das nach § 810; denn der Verzicht bindet natürlich nur die Rechtsnachfolger. Hingegen hindert die Tatsache, daß der Einsichtsanspruch im Augenblicke des Verzichts vielleicht noch nicht entstanden ist und stets von neuem entsteht, nicht daran, daß man auf jedes mit einem bestimmten rechtlichen Interesse z. B. einer Forderung verbundene Einsichtsrecht verzichtet, da man auch auf künftige Ansprüche verzichten kann und dies aus der pertinenzialen Natur[13]) des Einsichtsanspruchs folgt; ein solcher Verzicht bindet daher den Rechtsnachfolger (auch Sondernachfolger, Cessionar), gleichgültig, ob dieser Kenntnis davon hat[14]) oder nicht.

Ein Verzicht auf das Einsichtsrecht ist also stets dann unzulässig, wenn das im Hintergrund stehende Recht gar nicht der Verfügung des Verzichtenden unterliegt oder ein Verzicht darauf selbst im voraus nicht möglich ist (arg. z. B. § 118 H.G.B.; die Vorschrift ist gegeben, weil man nicht im voraus sich damit einverstanden erklären kann, sich betrügen zu lassen)[15]). Wenn man auf das Recht der Einsicht an bestimmten Urkunden verzichtet hat, wird man es doch ausüben können, wenn

---

13) Darüber Kohler § 3 S. 383 ff.

14) Nur diesen Fall erkennt Kohler § 12 S. 408 an.

15) Vgl. den Satz: pactum ne dolus praestetur, nullum est (§ 276, 2 B.G.B.).

man von einer Verbindlichkeit befreit sein will, deren Vorhandensein gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 B.G.B.), z. B. man will aus der Urkunde das Vorliegen von Wucher beweisen. Allerdings wird man in solchen Fällen, in denen man auf die Einsicht ein für allemal verzichtet hat, das rechtliche Interesse, bestehend in einem im voraus nicht verzichtbaren Anspruch, besonders genau beweisen müssen. Es ist schließlich noch hervorzuheben, daß sich der unverzichtbare Anspruch nicht gerade gegen den Urkundeninhaber, dem gegenüber man auf die Einsicht verzichtet hat, zu richten braucht.

V. So lange die Urkunde besteht, kann auch ein Einsichtsrecht ausgeübt werden. Die Einwilligung in die Vernichtung einer Urkunde enthält im Zweifel noch nicht den Verzicht auf später geltend zu machende Einsichtsansprüche, und die Erhebung des konkreten Anspruchs hat nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze[16]) die Wirkung, daß nunmehr dem Inhaber die Vernichtung untersagt ist.

§ 11.

Abtretung und Verjährung des Vorlegungsrechts.

I. Eine Übertragung des Vorlegungsanspruchs aus § 810 ohne den Hauptanspruch ist nicht möglich[1]), da der Vorlegungsanspruch nur ein Akzessorium des Hauptanspruchs bezw. der Hauptbeziehungen ist, welcher überhaupt noch gar nicht besteht[2]), sondern nur in Verbindung mit demselben auftreten und zur Entstehung gelangen kann. Mit dem Hauptanspruch geht das Vorlegungsrecht ipso iure über, während der bereits geltend gemachte, konkrete Vorlegungsanspruch mit der Ab-

16) S. oben § 6 I.

1) So auch Kohler § 12 S. 407.
2) Vgl. oben § 5 V.

tretung des Hauptanspruchs für den Cedenten seine Voraussetzung, das rechtliche Interesse, das in diesem Hauptanspruch besteht, verlieren wird. Nicht zu verwechseln mit einer Abtretung des Vorlegungsanspruchs ist das oben § 5 III erwähnte Recht, sich technischer Gehilfen bei der Einsicht zu bedienen.

Andrerseits geht mit der Übertragung eines Rechts nicht immer der konkrete Vorlegungsanspruch auf den Rechtsnachfolger über, und zwar dann, wenn das in der Urkunde beurkundete abgetretene Recht nicht zugleich das rechtliche Interesse des vorlegungsuchenden Cedenten gebildet hat; z. B. jemand tritt eine Forderung aus einem Kaufvertrag ab, er hat zur Zeit der Abtretung einen Vorlegungsanspruch geltend gemacht in bezug auf die über den Vertrag gewechselten Schriftstücke, um daraus darzutun, daß ein späterer Vertrag in einem bestimmten Sinne zu interpretieren ist; der Vorlegungsanspruch geht nicht auf den Rechtsnachfolger über, da ihm das rechtliche Interesse fehlt[3]).

Auch bei besonderen Rechtsverhältnissen ist zu untersuchen, ob das denselben entspringende Einsichtsrecht übertragbar ist, oder ob es kraft Vereinbarung oder nach der Natur der Sache (vgl. § 399 B.G.B.) streng an die Person geknüpft ist. Letzteres ist bei Vertrauensverhältnissen gewöhnlich der Fall und bei Gesellschaftsverhältnissen ausdrücklich vorgeschrieben (§ 716 B.G.B., § 118 H.G.B. „sich persönlich unterrichten").

II. Aus der Natur des Anspruchs aus § 810 ergibt sich, daß das Recht schlechterdings nicht verjähren kann[4]). Denn da die Voraussetzungen, von denen seine Entstehung abhängt, die Eignung der Urkunde zur Edition, nicht untergehen können, solange eben die Urkunde besteht[5]), so kann

3) Vgl. auch § 399 B.G.B.

4) So auch Planck zu § 809 B.G.B.

5) Vgl. oben § 10 I.

stets ein Anspruch erhoben werden, solange und so oft ein rechtliches Interesse vorhanden ist. Der konkret erhobene Anspruch mit dem Schadensersatzanspruch wegen verzögerter Vorlegung kann allerdings verjähren, nicht aber die Möglichkeit, neue zu erheben[6]). Es wird vielleicht die Regel sein, daß Vorlegungsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die beurkundeten Rechtsverhältnisse der Verjährung anheimgefallen sind, insofern als in der Regel — nicht immer — das rechtliche Interesse an den beurkundeten Rechten die Vorlegung veranlaßt; aber trotz der Verjährung kann auch ein rechtliches Interesse selbst an den beurkundeten Rechtsverhältnissen bestehen (naturalis obligatio) und manche Rechtsverhältnisse sind noch nach Jahrhunderten [illegible]sam (z. B. ein Adelsbrief, sonstige familienrechtliche Verhältnisse).

§ 12.

Privataufzeichnungen; im Interesse des Vorlegungssuchers errichtete Urkunden; rechtsgeschäftlicher Charakter des Urkundeninhalts.

I. Die Urkunden, die nach § 810 in Betracht kommen, sind nach dem Inhalt seiner Voraussetzungen stets nur rechtsgeschäftliche Urkunden. Rechtsgeschäftliche Urkunden müssen aber, wenn sie auch nicht zum Zwecke des Beweises errichtet zu sein brauchen, doch einen bestimmten Zweck haben und sich an irgend jemand wenden[1]); es gehören aber nicht solche Urkunden hierher, die der Betreffende für seinen ausschließlichen Gebrauch angefertigt hat, wie private Haushaltungsbücher, private Verzeichnisse über den Inhalt der Aussteuer der Töchter u. dgl., da sie nicht, wie Handelsbücher, dem

6) Vgl. oben § 5 V.

1) Vgl. oben § 4 II.

Beweise und der Beurkundung von Rechtsverhältnissen dienen[2]). Auch der Umstand, daß jemand sich Aufzeichnungen über ein eigenes Rechtsgeschäft oder das anderer Personen in ausgesprochener Beurkundungsabsicht macht, stempelt die Aufzeichnung noch nicht zu einer den Anforderungen des § 810 entsprechenden Urkunde. Wenn allerdings der Betreffende von den Beteiligten mit der Beurkundung, dem Protokollieren, eigens beauftragt ist, dann wird fast stets der zweite oder dritte Fall des § 810 vorliegen, daß die Urkunde ein Rechtsverhältnis beurkundet oder Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält; und dann hat eben die Urkunde den monologhaften Charakter verloren. Aus diesem Grunde werden auch fast stets die Protokolle über die Versammlungen von Vereinen, Korporationen u. dgl. Rechtsverhältnisse oder Verhandlungen über solche für die Beteiligten beurkunden, d. h. diejenigen, die durch die gefaßten Beschlüsse in ihrer Rechtssphäre beeinflußt werden, wozu natürlich vor allem die Mitglieder, bei der Aktiengesellschaft auch die Aktionäre, nicht aber die Gläubiger gehören[3]).

Die Urkunde darf sich auch auf Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts beziehen (Eingemeindungen, Zwangsetatisierungen u. dgl.); der darauf gestützte Vorlegungsanspruch ist aber kein öffentlichrechtlicher, sondern bleibt ein privatrechtlicher nach § 810, so daß er unter die nach § 422 C.P.O. in Betracht kommenden Ansprüche des bürgerlichen Rechts gehört[4]). Dabei sei bemerkt, daß Akten der öffentlichen Behörden zwar im öffentlichen Interesse geführt werden, wie solches bei jeder Tätigkeit des Staats und der Selbstverwaltungorgane der

---

2) So auch Kohler S. 393 Anm. 46 § 7, S. 401 § 10; Gaupp-Stein § 422 II 2b.

3) Nicht hiermit zu verwechseln ist das Recht der Einsicht in die Geschäftsbücher.

4) Vgl. oben § 2 II.

Zweck ist, daß aber dann kein Einsichtsrecht der an den daselbst beurkundeten Rechtsverhältnissen beteiligten Personen besteht, wenn die Akten der Behörde lediglich den inneren Dienst betreffen, also das Interesse der Gesamtheit in den Hintergrund tritt und die Urkunde vom Standpunkt der Behörde „Privataufzeichnung“ ist (vgl. R. G. v. 21. Nov. 1893 S.A. 49 Nr. 214), oder wenn sie andererseits lediglich der Verwirklichung der Staatszwecke und dem öffentlichen Interesse dienen, das Interesse der Einzelpersonen aber ganz in den Hintergrund tritt. Hingegen sind Bücher einer öffentlichen Sparkasse, Gerichtsentscheidungen, das allgemeine Dienstregister der Gerichtsvollzieher (vgl. R.G. i. Strafs. Bd. VII S. 252 u. 256) gemeinschaftliche Urkunden, da sie von vornherein auch im Interesse der mit der Behörde oder dem Beamten kontrahierenden Privatpersonen errichtet sind.

II. Da sich die nach § 810 vorlegungspflichtige Urkunde stets an jemanden wenden muß, so kann man nicht, wie Kohler (vom Standpunkt des alten Rechts), sagen, daß jede Selbstaufzeichnung „Urkunde in sich“ sei d. h. für den Verfasser ein Vorlegungsrecht begründe, wenn sie in fremde Hände gerate. Zwar an dem Momente, daß eine derartige Aufzeichnung überhaupt keine „Urkunde“ sei, liegt es nicht, wie oben S. 20 bereits ausgeführt wurde; auch ist eine solche Urkunde „im Interesse“ des Verfassers errichtet. Aber es fehlt an dem rechtsgeschäftlichen Charakter. Dieser Charakter wird in § 810, selbst in der ersten Alternative bei den Worten „in seinem Interesse errichtet“, bei denen es auf den ersten Blick nicht erforderlich zu sein scheint, gewahrt; denn die erste Alternative erfordert den Zweck der Errichtung im Interesse des Vorlegungssuchers, und man wird nicht ungezwungen sagen können, daß jemand, der sich ohne rechtsgeschäftliche Zwecke Aufzeichnungen macht, dabei bewußt den Gedanken hat, daß er eine Urkunde in seinem eigenen Interesse errichte. Wollte man

aber diesen Gedanken fallen lassen, so käme man zu dem gewiß unerwünschten, dem Sinne des Gesetzes widerstreitenden Resultat, daß jeder Adressat eines beliebigen Privatbriefes die Vorlegung des in andere Hände gekommenen Briefes beim Vorhandensein eines rechtlichen Interesses verlangen könnte; denn der Briefschreiber hat den Brief ja „im Interesse" des Adressaten errichtet.

Derjenige, in dessen Interesse gehandelt werden sollte, hat dann kein Einsichtsrecht, wenn er aus der Handlung kein unmittelbares Recht erlangen sollte; das von Hellmann entnommene Beispiel Huggenbergers (S. 35), daß sich der Schuldner seinem Gläubiger gegenüber verpflichtet, den Gläubiger seines Gläubigers zu befriedigen, paßt daher nicht auf den Regelfall der Erfüllungsübernahme, in welchem der dritte Gläubiger kein unmittelbares Recht auf Erfüllung (§ 329 B.G.B.)[5]) und mithin auch kein Einsichtsrecht erhält[6]), während beim Lebensversicherungsvertrag zugunsten eines Dritten oder der donatio sub modo der Dritte ein unmittelbares Recht (§ 330 B.G.B.) und mithin auch Einsichtsrecht erhält. Infolgedessen wird fast stets eine Urkunde, die der ersten Alternative des § 810 entspricht, im Interesse des Vorlegungssuchers errichtet ist, auch ein Rechtsverhältnis desselben beurkunden und somit der zweiten Alternative entsprechen.

Die Ansicht, daß jede Urkunde vom Standpunkt des Verfassers „in seinem Interesse" errichtet und daher nach der ersten Alternative des § 810 vorlegungspflichtig ist, ließe sich allenfalls als eine analoge Interpretation des § 810 rechtfertigen[7]), allerdings unter Preisgabe des Grundgedankens, daß die Urkunde des § 810 rechtsgeschäftlichen Charakter haben müsse.

5) Ebenso bei der Schuldübernahme vor der Genehmigung durch den Gläubiger, § 415 B.G.B.

6) Ebenso Kohler S. 399 § 8.

7) Vgl. oben § 7 Anm. 11.

§ 13.
Umfang der Einsicht. Beweis der Voraussetzungen des Vorlegungsanspruchs.

I. Bei umfangreicheren Urkunden (insbesondere Handelsbüchern) beschränkt sich das Recht der Einsicht auf diejenigen Teile, die die Gemeinschaftlichkeit begründen, bei denen die Voraussetzungen des § 810 vorliegen (quoad passus concernentes). „Der Editionsanspruch aus dem Grunde auch der „Gemeinschaftlichkeit" besteht nicht um seiner selbst willen, sondern nur als Schutzmittel eines anderweitigen rechtlichen Interesses und zessiert mit diesem[1]." Aber bei weniger umfangreichen Urkunden ist eine derartige Trennung tatsächlich nicht möglich; denn wenn der Urkundeninhaber die nicht streng unter § 810 fallenden Teile der Urkunde verdecken wollte, dann würde eine weniger umfangreiche Urkunde meist zusammenhanglos werden, und der Vorlegungssucher hat nach § 810 stets das Recht auf Einsicht einer in sich verständlichen, geschlossenen, zusammenhängenden Urkunde. Auch in solchen Fällen kann und wird der Teil der Urkunde, der das Vorlegungsbegehren rechtfertigt, in der Regel dasjenige sein, was man einzusehen wünscht, braucht es jedoch nicht unbedingt. Das rechtliche Interesse braucht dann also nicht in der Einsicht derjenigen Teile der Urkunde zu bestehen, die das Einsichtsrecht begründen, z. B. man wünscht Vorlegung eines Briefes, um die darin enthaltene Beleidigung (unerlaubte Handlung) einzusehen, stützt sich aber darauf, daß er Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält.

II. Die Voraussetzungen des § 810, sowohl das rechtliche Interesse als insbesondere die übrigen, müssen bewiesen werden, zu welchem Zweck sich der Vorlegungssucher hinsicht-

1) Goldschmidt § 7 S. 397.

lich solcher Tatsachen, die Gegenstand der Wahrnehmung des Urkundeninhabers sind, also insbesondere des die Vorlegung begründenden Inhalts der Urkunde, der Eideszuschiebung bedienen kann [2]). Daraus folgt, daß der Vorlegungssucher die Urkunde bis zu einem gewissen Grade kennen muß, nämlich soweit, um wenigstens bestimmte Tatsachen für die Substantiierung der Klage angeben und einen bestimmten substantiierten Eid über den die Vorlegung begründenden Inhalt (Beurkundung eines bestimmten Mietsvertrages u. dgl.) zuschieben zu können [3]).

Danach ist entschieden zu weitgehend in der materiellrechtlichen Vorlegungspflicht (sowohl vom Standpunkt der gemeinrechtlichen Theorie als des § 810) das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. XXXII S. 166—169: Es handelte sich darum, ob der Urkundeninhaber in dem in seinen Händen befindlichen notariellen Vertrag sich zu einer bindenden Schenkung unter Lebenden zugunsten des Vorlegungssuchers verpflichtet oder nur eine frei widerrufliche Schenkung von Todes wegen verfügt hatte. Der Vorlegungssucher behauptete — ohne zu beweisen — das erstere, in welchem Falle er allein ein Einsichtsrecht hatte. Wenn nun das R.G. an der die Entscheidung tragenden Stelle ausführt: „Gerade der Zweifel über den Inhalt der Urkunde oder die Bestreitung desselben begründen das Interesse des an der Urkunde Beteiligten an der Einsicht derselben“, so verwechselt es das „Editionsinteresse“ mit den übrigen Voraussetzungen der Edition [4]); denn das rechtliche

---

2) Ueber die Unzulässigkeit des Vorlegungsverfahrens in betreff der Urkunde selbst zum Beweise ihres Inhalts vgl. unten § 30 a. E.

3) In noch höherem Grade beim prozessualen Vorlegungsanspruch § 424 Nr. 3 u. 5; vgl. darüber unten § 30.

4) Oder aber die Begründung enthält mit den Worten „des an der Urkunde Beteiligten“ eine Selbsttäuschung; denn daß Kläger an der Urkunde „beteiligt“ war, bildete gerade das thema probandum. Die-

Interesse ist zwar durch den Zweifel begründet, ersetzt aber nicht die zu beweisende Voraussetzung, daß die Urkunde einen bestimmten Inhalt habe, nämlich sich auf ein Recht des Vorlegungssuchers beziehe[5]).

§ 14.

Urkunden mit unwirksamen Rechtsgeschäften und ähnlichem Inhalt.

I. Der § 810 setzt an sich vermöge des erforderten rechtsgeschäftlichen Charakters voraus, daß die beurkundeten Rechtsgeschäfte gültig sind; das läßt sich bei seiner zweiten Alternative erkennen, da ein „Rechtsverhältnis" dann nicht beurkundet ist, wenn das betreffende Rechtsgeschäft nichtig ist. Darüber kommt man auch nicht hinweg, wenn man etwa statt „Rechtsverhältnis" das Wort „Rechtsbeziehungen" einsetzt; denn es bestehen dann nur Rechtsbeziehungen negativer Art, und auch die damit etwa verbundenen Rechtsfolgen (wie etwa negatives Vertragsinteresse, §§ 122, 307 B.G.B.) knüpfen nicht an ein Rechtsverhältnis, sondern an die deliktische Vereitelung eines solchen an. Trotzdem besteht ein dringendes Bedürfnis, in vielen Fällen gerade dann, wenn die Urkunde

selbe unzulässige Verwischung der objektiven Erfordernisse findet sich auch R.G. L S. 336 f.: da die Bücher für die Klägerin von erheblichem Wert und rechtlichem Interesse sind, so „darf deshalb auch angenommen werden, daß sie . . . . auch als im Interesse der klägerischen Ehefrau geführt zu gelten haben". Siehe dagegen die zutreffende Begründung Rechtssprechung der O.L.GG. Bd. IV S. 52. Gegen Versuche, auf Grund unbestimmter Voraussetzungen, unter Zuhilfenahme des § 259 B.G.B., all und jedes einzusehen oder Rechnungslegung zu verlangen, machen die Oberlandesgerichte mit Recht entschieden Front. Vgl. Rechtsprechung Bd. I S. 460; Bd. II S. 18 u. 265.

5) Vom Standpunkt des noch unten § 20 II zu erläuternden, aus § 809 u. 810 B.G.B. kombinierten Anspruchs ließe sich die Entscheidung vielleicht halten.

kein wirksames Rechtsgeschäft enthalten soll, sie einzusehen, um festzustellen, woran man eigentlich ist[1]). Ein Einsichtsrecht an Urkunden über unwirksame, nichtige, angefochtene, rumpierte Geschäfte ergibt sich daher als analoge Fortbildung des in § 810 enthaltenen Grundgedankens, daß im Billigkeitsinteresse an rechtsgeschäftlichen Urkunden derjenige, an welchen sich ihr geistiger Inhalt wendet, zur Verfolgung und zum Schutz seiner Rechte einen Anspruch auf Mitteilung des Inhalts hat; denn auch das unwirksame Geschäft ist für die Rechtssphäre der Beteiligten von Bedeutung, zumal es, wie ein Spiegelbild des wirksamen Geschäfts, leicht trügerisch den Schein der Wirklichkeit nach außen hervorruft. Hiernach kann ich auch die Vorlegung einer Urkunde, als in meinem Interesse errichtet, verlangen, wenn ein anderer von einem Dritten sich ein Schenkungsversprechen zu meinem Gunsten hat abgeben lassen, selbst wenn das Geschäft mangels notarieller oder gerichtlicher Form nichtig ist (§ 518 B.G.B.)[2]).

II. Man wird aber, um den Grundgedanken des rechtsgeschäftlichen Charakters nicht preiszugeben, verlangen müssen, daß bei der Errichtung die Absicht vorgewaltet hat, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben. Hierbei kommt es natürlich nicht darauf an, ob der oder die Errichtenden die betr. Handlung für ein „Rechtsgeschäft" gehalten haben oder nicht (die rechtliche Auffassung der Beteiligten und ein etwaiger „error iuris" ist unerheblich), sondern darauf, daß die Ansicht entweder bestand d. h. auf die Tatbestandsmerkmale eines Rechts-

---

1) Vgl. Kohler § 11 S. 405.

2) Die hier erörterten Fälle dürfen nicht mit dem Fall § 13 II verwechselt werden; denn dort handelte es sich gar nicht um die Frage, ob wirksames oder unwirksames Geschäft, sondern ob Testament oder Schenkung. Es ist hier also auch dann, wenn man nicht weiß, ob das beurkundete Geschäft wirksam ist, so viel von dem Inhalt zu beweisen, daß es wenigstens ein unwirksames Geschäft sein könnte.

geschäfts ging[3]) oder nach dem Inhalt der Urkunde anzunehmen ist. Durch die letztere Alternative werden auch solche Fälle getroffen, in denen jemand eine Erklärung unterschrieben hat, ohne sich irgend etwas dabei zu denken, aber an seiner Erklärung bis zum Beweise des Irrtums festgehalten wird[4]). Es wird daher sich in der Regel um etwas handeln müssen, was, wenn es auch kein Rechtsgeschäft ist, ein solches doch allenfalls sein könnte.

Hiernach wird z. B. jemand, der eine Bestimmung in einem gültigen Testament auf eine bestimmte ihm günstige Art ausgelegt wissen will, von dem Erben oder sonst einem Besitzer die Vorlegung eines früheren wegen eines Formmangels[5]) ungültigen Testaments verlangen können, um nachzuweisen, daß sich aus der Vergleichung mit dem früheren Testament eine bestimmte Intention des Erblassers ergibt. Er kann aber nur dann Einsicht verlangen, wenn das frühere — ungültige — Testament als rechtsgeschäftliche Urkunde, als Testament, gedacht war, denn nur dann ist es überhaupt „eine in seinem Interesse errichtete Urkunde“. Ist das „Testament“ aber nur als privates Konzept gedacht, dann entfällt die Vorlegungspflicht[6]). Darauf, daß die Urkunde zum Beweise bestimmt war, kommt es auch hier nicht an[7]).

Man wird schließlich das Vorlegungsrecht dahin einschränken müssen, daß das rechtliche Interesse an der Einsicht in dem Bestand oder der Richtigkeit des beurkundeten Rechts-

---

3) Im Sinne des strafrechtlichen Vorsatzes, der nur auf die Tatumstände sich zu erstrecken braucht (§ 59 St.G.B.).

4) § 416 C.P.O.; vgl. oben § 4 III.

5) Z. B. Mangel des Datums beim eigenhändigen Testament (§ 2231 Nr. 2 B.G.B.).

6) Kohler § 11 S. 405 nimmt stets die Vorlegungspflicht hinsichtlich der Testamentsentwürfe an.

7) Vgl. oben § 7 IV.

geschäfts bestehen, sich also auf den beurkundeten Inhalt beziehen muß; eine Beschränkung, die bei Urkunden über wirksame Rechtsgeschäfte nicht unbedingt besteht[8]).

III. Es ergibt sich aus dem Gesagten[9]), daß es kein Einsichtsrecht aus dem Grunde gibt, daß die Urkunde deliktische Aeußerungen oder Handlungen enthalte, auch dann nicht, wenn auf Grund derselben Schadensersatz verlangt wird (z. B. es ist ein wider besseres Wissen erteilter Ratschlag beurkundet, § 676 B.G.B.). Es kommt auch hier, wie sonst, nicht darauf an, daß die Urkunde „zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit"[10]) ist; so ist nicht etwa das Manuskript des einer Zeitung zur unentgeltlichen Aufnahme eingesandten Artikels eine nach § 810 vorlegungspflichtige Urkunde, obgleich sie nach der Judikatur des Reichsgerichts unter § 267 St.G.B. fällt, weil mit dem unterzeichneten Namen des Einsenders rechtserhebliche Tatsachen verbunden sind, z. B. das Recht, sich durch Nennung des Namens vor Strafe zu schützen (§ 21, 2 d. Preßges.). Es gibt auch kein Vorlegungsrecht an Urkunden (Briefen) über solche Angelegenheiten, die überhaupt keinerlei Rechtsverbindlichkeit und rechtlichen Zwang erzeugen, z. B. über das Versprechen, jemanden bei der Bewerbung um eine Stelle zu unterstützen, ihm eine Empfehlung zu geben u. dergl.

§ 15.

Rechtliches Interesse.

I. In den bisherigen Ausführungen ist bereits öfters der Begriff des „rechtlichen Interesses" verwendet worden, dem noch einige zusammenfassende Betrachtungen zu widmen

8) Vgl. oben § 13 I.
9) Vgl. oben § 12 I.
10) § 267 St.G.B.

sind. Rechtliches Interesse wird im § 810 erfordert und muß demgemäß auch bewiesen werden. Der Begriff ist allerdings bestritten [1]), doch wird man hier wohl mit der Definition auskommen, daß derjenige ein rechtliches Interesse an etwas hat, der dessen zur Erhaltung, Verteidigung oder Förderung seiner rechtlichen Verhältnisse bedarf [2]). Es genügt also nicht der rein wirtschaftliche Zweck. Die im Hintergrund stehenden zu schützenden Rechtsverhältnisse brauchen zwar noch nicht vorhanden zu sein, aber sie dürfen doch nicht ganz in der Luft schweben, und namentlich muß es sich um bestimmte konkrete Rechtsverhältnisse handeln, und es genügt z. B. nicht etwa allgemein das Interesse eines Kaufmanns an der Vergrößerung seiner Geschäftsbeziehungen. Insofern unterscheidet sich gerade das „rechtliche Interesse" von dem weiteren „berechtigten Interesse" etwa in § 11 G.B.O. oder § 193 St.G.B. [3]).

Es ist daher offenbar zu weit, wenn Oertmann [4]) darunter „jedes von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannte Interesse" versteht, da die Rechtsordnung jeden ethischen Zweck und die Wohlfahrt jedes einzelnen und der Gesamtheit als schutzwürdig ansieht. Das rechtliche Interesse, auch bei § 810, kann auch ein öffentlichrechtliches sein, z. B. Bestrafung eines Beleidigers, wie die beurkundeten Rechtsverhältnisse öffentlichrechtliche sein können [5]).

Trotz allem läßt sich nicht leugnen, daß der Begriff „rechtliches Interesse" etwas „Kautschukbegriff" ist, der sich nur nach der negativen Seite abgrenzen läßt und etwas von Fall zu Fall auszulegen ist. Daraus folgt, daß der Beweis

---

1) Vgl. darüber auch Dierschke, der den Begriff § 11 S. 50 ff. für unklar hält.

2) Vgl. Gaupp-Stein § 66 II B; R.G. Bd. XXIII S. 343.

3) Vgl. Fischer-Henle zu § 810 Anm. 1.

4) Zu § 810, 1b.

5) So Enneccerus-Lehmann § 348 I 2; vgl. oben § 12 I.

desselben nicht ganz stringent zu sein braucht. Jedenfalls braucht von dem das rechtliche Interesse etwa darstellenden Anspruch nicht so viel bewiesen zu werden, wie in dem Prozeß, in welchem der Anspruch selbst geltend gemacht wird. Wenn wir also auch im ordentlichen Verfahren keine Glaubhaftmachung, sondern nur vollen Beweis kennen, so wird doch der Beweis des rechtlichen Interesses d. h. des im Hintergrund stehenden Rechtskomplexes, indem er eben nur teilweise bewiesen werden muß, auf eine Art Glaubhaftmachung hinauskommen. Der Satz von Demelius (§ 31 S. 163), der für die a. a. e. galt, hat daher auch für den Beweis des rechtlichen Interesses in § 810 eine gewisse Bedeutung: „nur insoweit und nach der Richtung hin soll der Richter die Begründung des designierten iudicium directum untersuchen, daß er sich ein Urteil bilden kann, ob Kläger wirklich mit Ernst und ohne Unredlichkeit seine Hauptklage als bevorstehend ankündigen kann" [6]); allerdings braucht die Einsicht nicht die Einklagung der das rechtliche Interesse darstellenden Rechte zu bezwecken. Wenn daher das rechtliche Interesse nach dem Gesagten genügend bewiesen ist, so darf der beklagte Urkundenbesitzer nicht den Gegenbeweis führen, daß das rechtliche Interesse tatsächlich gar keine bestehenden Rechte darstelle, weil das wiederum dazu führen würde, in dem Vorlegungsprozeß die Frage des im Hintergrund stehenden Anspruchs im vollen Umfang aufzurollen. Da das rechtliche Interesse zum Klagegrund gehört, so bedeutet es eine Klageänderung (§ 264, 268 C.P.O.), wenn an Stelle des ursprünglich behaupteten rechtlichen Interesses, z. B. wegen einer Darlehnsforderung, ein anderes gesetzt wird, z. B. wegen einer Ehescheidung. Das

6) Der Kürze halber soll im folgenden auch für den bei § 810 im Hintergrund stehenden, das rechtliche Interesse bildenden Anspruch oder Rechtskomplex der Ausdruck „iudicium directum" verwandt werden.

rechtliche Interesse als selbständige Voraussetzung des Einsichtsanspruchs ist bei anderen Einsichtsrechten z. B. bei § 716 B.G.B. nicht erforderlich; die einzige Grenze ist dort die, daß das Recht nicht lediglich zur Schikane ausgeübt werden darf (§ 226 B.G.B.).

II. Die Bedeutung des rechtlichen Interesses als selbständiger Voraussetzung zeigt sich an einigen Beispielen, die den Schluß der Betrachtung bilden mögen.

Ein Testament ist für den Bedachten eine in seinem Interesse errichtete Urkunde. Nach dem Tode des Testierenden hat der Bedachte, unabhängig von dem öffentlichen Recht des Gerichts, das Testament von jedem Inhaber herauszuverlangen (§ 2259 B.G.B.), und der Pflicht, es jedem Interessenten vorzuweisen (§ 2264 das.), ein privatrechtliches Recht auf Einsichtsnahme. Danach müßte der Bedachte auch bei Lebzeiten des Erblassers ein Recht auf Einsicht haben. Dies ist aber einmal nicht angängig, da bis zum Tode des Erblassers letztwillige Verfügungen, abgesehen von Erbverträgen und teilweise gemeinschaftlichen Testamenten (§ 2271 B.G.B.), jederzeit frei widerruflich sind und daher für den Bedachten kein Recht und damit kein schutzwürdiges rechtliches Interesse in bezug auf das Testament vorhanden sein kann. Es ist aber auch dann nicht angängig, wenn ein Widerruf des Testaments tatsächlich unmöglich ist, z. B. weil der Testierende nachher unheilbar geisteskrank geworden ist. Denn da die Tendenz der Rechtsordnung dahin geht, Testamente bei Lebzeiten des Erblassers möglichst geheim zu halten, so wird ein rechtliches Interesse auf Einsicht nicht anerkannt und jedes dahingehende Bestreben von der Rechtsordnung reprobiert.

Die Entscheidung S.A. 8 Nr. 322 gibt dann ein Einsichtsrecht an dem Vertragsexemplar des Gegners, wenn der Vorlegungssucher sein eigenes verloren hat, was er beweisen muß. Die Entscheidung ist im allgemeinen richtig; der Verlust

des eignen Exemplars rechtfertigt das rechtliche Interesse; doch kann auch unter anderen Umständen ein Recht am Exemplar des Gegners bestehen, z B. wenn der Gegner behauptet, der Vertrag laute anders, als wie in dem Exemplar des Vorlegungssuchers beurkundet ist, und der Vorlegungssucher vermutet, daß bei der Ausfertigung des gegnerischen Exemplars ein Irrtum untergelaufen ist.

§ 16.

Gerichtsstand; Kosten- und Sicherheitsleistung; Vorlegungsort.

I. Der Gerichtsstand für die Klage aus § 810 ist der allgemeine des § 12 C.P.O., eventuell, wenn die Urkunde geschäftliche Verhältnisse beurkundet, auch der Gerichtsstand des dauernden Aufenthalts (§ 20), der Niederlassung (§ 21) und des Ausländerforums (§ 23)[1], jedoch nie der Gerichtsstand des Erfüllungsorts, obgleich § 811 einen besonderen Erfüllungsort aufstellt, da das Schuldverhältnis nicht aus einem Vertrage, sondern unmittelbar aus dem Gesetze entspringt und solche Klagen nicht unter § 29 C.P.O. fallen (vgl. Gaupp-Stein § 29 I). Hingegen kann der Einsichtsanspruch aus einem besonderen Rechtsverhältnis (z. B. einem Kauf, § 444 B.G.B.) im Gerichtsstand des für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vertrages geltend gemacht werden.

---

1) § 23 C.P.O. setzt einen vermögensrechtlichen Anspruch voraus. Der Anspruch auf § 810 sowie jeder andere Einsichtsanspruch ist vermögensrechtlich, wenn das verfolgte rechtliche Interesse oder auch der mit der Einsicht verfolgte Zweck vermögensrechtlichen Verhältnissen dient. Ob letzteres der Fall ist, wird sich leicht darin zeigen, ob der Vorlegungssucher bei schuldhafter Nichterfüllung einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann. Vgl. über den Begriff des vermögensrechtlichen Anspruchs, der weiter ist als Vermögensanspruch in § 3 K.O., Gaupp-Stein § 1 II 1.

II. Die Gefahr und Kosten der Vorlegung hat nach dem auch für den Besichtigungsanspruch des § 809 geltenden § 811 der Vorlegungssucher zu tragen; der Besitzer kann die Vorlegung verweigern, bis ihm der andere Teil die Kosten vorschießt und wegen der Gefahr Sicherheit leistet[2]). Dierschke (§ 20 S. 85) ist hinsichtlich § 809 der Ansicht, daß auch wegen des Schadens Sicherheit zu leisten ist, der durch die Preisgebung von Geheimnissen (Fabrikgeheimnissen) entstehen kann. Diese Ansicht dürfte verfehlt sein; denn unter „Gefahr tragen" hat man in der Rechtssprache noch nie etwas anderes verstanden als die Haftung für die physische Beschädigung eines Gegenstandes. Ebenso sind unter den zu ersetzenden Kosten nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nur die durch die Vorlegung selbst entstehenden Kosten zu verstehen, nicht aber die Schädigung, die der Vorlegende durch die zeitweise Gebrauchsentziehung seiner Urkunde erleidet; diese Schädigung hat er selbst zu tragen. Von dem Inhalt der ihm mitgeteilten Urkunde kann der Vorlegungssucher, da er ein Recht auf den Inhalt hat, freien Gebrauch machen, sofern er nicht gegen § 826 B.G.B. verstößt.

Der Vorlegungssucher hat den Betrag der durch die Vorlegung entstehenden Kosten „vorzuschießen", also anscheinend vorzuleisten. Doch wird man wohl aus praktischen Gründen, sowie aus der Fassung des § 811 letzter Satz, der die typische Form der Verweigerungsrechte des B.G.B. hat (vergl. z. B. § 1000 B.G.B.), zu der Ansicht kommen müssen, daß Zug um Zug zu erfüllen ist. Macht daher der beklagte Urkundenbesitzer die Einrede des fehlenden Kostenvorschusses und der fehlenden Sicherheitsleistung geltend, erkennt er jedoch im übrigen

2) Dies Recht besteht natürlich nicht schlechthin, sondern nur, wenn tatsächlich Kosten gewissen Umfangs — minima non curat praetor — entstehen und Schaden zu befürchten ist (Rechtsprechung der O.L.G. Bd. II S. 135).

den Anspruch sofort an, so ist er in analoger Anwendung des § 320 B.G.B. — analog, denn ein gegenseitiger Vertrag ist nicht vorhanden — zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen. Dabei treffen die Kosten, wenn der Beklagte keine Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hat, gemäß § 93 C.P.O. den Kläger, da ja der Beklagte den Anspruch so, wie er begründet war und wie er verurteilt worden ist, anerkannt hat.

Einen seinerseits im Klageweg geltend zu machenden, im Sinne des § 273 B.G.B.[3]) fälligen Anspruch auf die Kostenleistung hat der Urkundeninhaber im allgemeinen nicht, da eben nur die durch die Vorlegung tatsächlich entstandenen Kosten zu ersetzen sind und der Vorlegungssucher jederzeit berechtigt ist, sein Vorlegungsbegehren fallen zu lassen; doch sind Fälle denkbar, in denen Kostenersatz beansprucht werden kann, ohne daß es zur Vorlegung gekommen ist; z. B. der Urkundeninhaber hat zum Zwecke der auf einen bestimmten Tag festgesetzten Vorlegung das Archiv, in dem sich die Urkunden befinden, heizen lassen oder zwecks Beaufsichtigung des Vorlegungssuchers im Archiv einen Diener für den Tag gemietet.

III. Während an sich nach § 811 die Vorlegung an dem Orte geschieht, wo sich die Urkunde bezw. Sache befindet, kann jeder Teil die Vorlegung an einem anderen Orte verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

2. Unterabschnitt: **§ 809 B.G.B.**

§ 17.

Allgemeines; Unterschied von § 810 B.G.B.

I. Es ist an dieser Stelle noch der Anspruch aus § 809 B.G.B., der auf die Vorlegung von Sachen als körperlichen

---

3) Der § 273 B.G.B. paßt überhaupt nicht für das Verhältnis; denn das daselbst geregelte Zurückbehaltungsrecht kann der Gläubiger durch Sicherheitsleistung abwenden (Abs. 3), während hier die Kosten zu zahlen, nicht nur zu hinterlegen sind.

Gegenständen geht, im Vergleich mit dem allgemeinen Urkundenvorlegungsanspruch aus § 810 zu behandeln, um so mehr, als der Anspruch aus § 809 in seiner Konstruktion und Entstehung dem aus § 810 sehr ähnelt[1]. Da die sonstigen Ansprüche des bürgerlichen Rechts, Herausgabeansprüche u. dergl., welche den Vorlegungsanspruch im Prozeß begründen, auf die Urkunde als körperliche Sache gerichtet sind, wie schon verschiedentlich erwähnt ist, so fällt auch der Vorlegungsanspruch aus § 809 B.G.B. unter § 422 C.P.O. § 809 B.G.B.[2], der eigentliche Rechtsnachfolger der alten actio ad exhibendum, erfordert vor allem, daß im Hintergrund stehe „ein Anspruch in Ansehung der Sache", nämlich derjenigen, deren Besichtigung verlangt wird. Art. 1041 des Dresdener Entwurfs war bedeutend weiter als der § 774 des Entw. I und jetzige § 809, namentlich insofern, als sich der im Hintergrund stehende Anspruch nicht gegen die Sache selbst zu richten brauchte. Die römische a. a. e. dagegen erforderte nach der Ansicht von Demelius — ob dieselbe berechtigt ist, bleibe dahingestellt — stets ein dingliches ind. dir. und jedenfalls war — trotz der äußerst mannigfaltigen Verwendung der a. a. e. — eine ihrer wichtigsten Funktionen die Vorbereitung der rei vindicatio, und sie findet Demelius (S. 69—71) in dem Sklavenwesen der Römer begründet, da Sklaven das Hauptobjekt der rei vindicatio bildeten und bei ihnen eine persönliche Besichtigung

---

1) Vgl. oben § 5 Anm. 9.

2) Zu § 809 vgl. insbesondere Dierschke, „Die Vorlegung von Sachen zur Besichtigung", Jena 1901 (Bd. VIII Heft 3 d. Abhandl. z. Privatr. u. Civilprozeß d. deutschen Rechts), ferner Schmieding, Die Bedeutung der gemeinrechtlichen a. a. e. verglichen mit dem Anspruch aus § 809 B.G.B., Leipzig 1902 (inhaltlose Dissertation); für das gemeine Recht aus neuester Zeit Unger, Handeln auf fremde Gefahr Iherings Jahrb. Bd. XXXIII S. 305—318 (unter Berücksichtigung des E. I B.G.B.), Rensburg, Die Anwendungsfälle der a. a. e., Bonn 1896 (Diss.).

und u. U. Befragung notwendig war, um sich von ihrer Identität überzeugen zu können. Sie ersetzte sogar die rei vindicatio in Fällen, in denen man annehmen konnte, daß, wenn durch das exhibitorium in dem durch das summatim cognoscere vereinfachten Verfahren die actio directa, der Anspruch des Klägers an sich, nachgewiesen war, dann der Beklagte von selbst restituieren würde; und sie ging auch direkt auf Herausgabe dann z. B., wenn Sachen durch Zufall in fremden Besitz gekommen waren [3]).

Hingegen ist bei § 809 nicht nötig, daß ein dinglicher Anspruch in Ansehung der Sache besteht, sondern es genügt ein obligatorischer, ja überhaupt jeder, der, ohne sich gegen die Sache selbst zu richten, an die Sache anknüpft, wenn der Anspruch durch die Sache oder deren Zustand beeinflußt wird [4]). So ist ein Anspruch „in Ansehung der Sache" die actio noxalis (§ 833 B.G.B.), die an den durch ein Tier verursachten Schaden anknüpft, ja auch der Anspruch, der wegen Verletzung eines Patentes oder Musterschutzes sich gegen eine bestimmte Sache richtet, weil dieselbe eine unbefugte Nachbildung des geschützten Musters enthalte [5]); wer also weiß, daß eine Sache sein Schutzrecht verletzt, kann deren Vorlegung zur Besichtigung verlangen.

---

3) Lex 5 § 5 D. 10, 4; vgl. §§ 867, 1005 B.G.B.

4) Vgl. Dierschke S. 47. Für die Vorlegung im Prozeß bedeutet § 809 nicht nur in seiner zweiten, sondern auch in seiner ersten Alternative etwas Neues. Denn wenn auch ein Anspruch in Ansehung der Urkunde verlangt wird, so braucht es doch nicht ein Herausgabeanspruch zu sein, wie solche bereits in § 422 ausdrücklich erwähnt sind, sondern es genügt auch ein solches iud. dir., das an sich die Vorlegung oder Herausgabe ohne weiteres nicht rechtfertigte, z. B. Miteigentum, wenn die Sache der andere Miteigentümer benutzen darf; vgl. unten § 21 I sowie § 20 Anm. 11.

5) Nicht aber das Urheberrecht in Ansehung des Papiers, auf welchem das Manuskript steht; ebenso Dierschke S. 78 Anm. 3; a. M. Dernburg, B.R. 1. u. 2. Aufl. II § 42 Anm. 6.

II. Im Gegensatz zu § 809 ist bei § 810 nicht ein Anspruch als Voraussetzung des Vorlegungsrechts gemacht, sondern nur das Bestehen eines Rechtsverhältnisses. Daher können bei § 810 nicht die Zweifelsfragen wie bei § 809 auftreten, ob Rücktritts-, Kündigungs-, Anfechtungsrechte u. dgl. Ansprüche im Sinne des § 809 sind[6]). Auch muß bei § 809 das ind. dir. Beziehung auf die Sache haben und seine Spitze gegen den Sachbesitzer richten, während bei § 810 das im Hintergrund stehende Recht keinerlei Beziehung zu dem Urkundenbesitzer zu haben braucht. Bei § 810 muß bewiesen werden, daß die Urkunde, deren Einsicht verlangt wird, gerade die Eigenschaften hat, auf Grund deren die Besichtigung eben verlangt wird. Bei der zweiten Alternative des § 809, wenn Gewißheit verschafft werden soll, ob ein Anspruch besteht, ist das nicht der Fall; denn dort braucht, damit der Verlegungsanspruch in bezug auf eine bestimmte Sache begründet sei, entweder nicht voll bewiesen zu werden, daß sie die gesuchte sei oder daß sie diejenigen Eigenschaften habe, von deren Vorhandensein die Existenz des Anspruchs abhängt. Hingegen ist insofern zwischen beiden Paragraphen kein Unterschied vorhanden, als § 810 von „rechtlichem Interesse", § 809 nur von „Interesse" schlechthin spricht. Denn das von § 809 verlangte Interesse (nämlich Interesse wegen des Anspruchs auf eine Sache) ist stets auch ein rechtliches und niemals nur ein rein wirtschaftliches[7]). In § 809 muß jedoch der Anspruch, der Vorlegungsgrund, zugleich das Interesse bilden, in § 810 ist es aber nicht erforderlich, daß der den Vorlegungsanspruch begründende Inhalt der Urkunde gleichzeitig auch das rechtliche Interesse darstelle; es genügt also bei § 810, wenn der urkundliche Inhalt ein rechtliches

6) Vgl. darüber Dierschke S. 43, der für Verneinung in diesem Falle eintritt.

7) Vgl. oben § 15 I; Dierschke S. 50 ff.

Indiz für eine andere nicht in der Urkunde bezeichnete Tatsache ist (z. B. ist die Abhebung einer größeren Summe Geldes von der Bank eine Indiz für die Bezahlung einer Schuld, die an demselben Tage fällig wird).

§ 18.

Beweis der Voraussetzungen beim Anspruch aus § 809.

I. Die von § 809 aufgestellten Voraussetzungen müssen zur Geltendmachung des Vorlegungsanspruchs, wie bei § 810 [1]), bewiesen, nicht nur glaubhaft gemacht werden [2]). Im gemeinen Recht galt zwar nur summarische Kognition, aber in unserem heutigen Prozeßrecht sind die Voraussetzungen eines materiellen Anspruchs, außer beim Arrest und bei der einstweiligen Verfügung, stets voll zu beweisen, nicht nur glaubhaft zu machen [3]). Daraus folgt aber noch nicht, daß nicht das materielle Recht als Voraussetzung eines Anspruchs das Bestehen einer Wahrscheinlichkeit von irgend etwas verlangen kann, und die Wahrscheinlichkeit als eine ihrerseits voll zu beweisende Tatsache verwendet das bürgerliche- wie das Strafrecht in ausgedehntem

---

1) Vgl. oben § 13 II.

2) So mit Recht Dierschke; vgl. das. § 13 ff.; Unger, Jherings Jahrb. Bd. XXXIII S. 315 hält das Exhibitionsrecht, wenn statt Glaubhaftmachung voller Beweis erfordert wird, für illusorisch, aber er übersieht die zweite Alternative von § 809, vermöge deren die summarische Kognition wieder ihren Einzug in das Gesetz hält (vgl. das Folgende). Auf einem ähnlichen Standpunkte steht Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 39 f., der deshalb den Vorlegungsanspruch des § 809 wie des § 810 in das Prozeßrecht verwiesen wissen wollte. Aber die Aufnahme in das B.G.B. erscheint systematisch wichtiger (ebenso Unger S. 307), schon aus dem Grunde, weil zwischen der materiellrechtlichen Vorlegung zur Information und der prozessualen zum Beweise ein großer Unterschied besteht (vgl. unten § 25 f.).

3) Vgl. oben § 15 I.

Maße, z. B. bei dem Begriff der Gefährdung (vgl. etwa B.G.B. § 908, St.G.B. §§ 316—318).

Es sind aber scharf die beiden Alternativen des § 809 zu trennen; bei der ersten muß ein Anspruch in bezug auf die Sache vorhanden sein, bei der zweiten soll Gewißheit verschafft werden, ob ein solcher vorhanden ist. Wenn Oertmann zu § 809 keinen strengen Beweis des Anspruchs verlangt, sondern sich mit summarischer Kognition begnügt, so hält er beide Fälle nicht auseinander; denn nur bei der zweiten Alternative braucht ein Anspruch nicht vorhanden zu sein und demgemäß auch nicht bewiesen zu werden.

Bei der zweiten Alternative betont Dierschke[4]) mit Recht, daß die zu beweisenden Voraussetzungen aus dem Worte „Gewißheit" hervorgeholt werden müssen. Er verlangt, daß so viel von dem iud. dir. bewiesen werde, daß nur noch ein Glied in der Beweiskette fehle, und daß eben durch das Resultat der Besichtigung festgestellt werden könne und müsse, ob der Besichtigende gegen den Sachbesitzer einen Anspruch hat oder nicht; bei der actio noxalis aus § 833 B.G.B. z. B. muß nach Dierschke der Vorlegungssucher beweisen, daß er durch ein Tier, einen großen Hund, verletzt ist, und daß der andere ein Tier derselben Gattung, also auch einen großen Hund, besitzt. Er braucht nicht zu beweisen, daß er gerade dasjenige Tier habe, welches ihn — den Vorlegungssucher — verletzt hat; denn das soll gerade durch die Besichtigung festgestellt werden. Daß ein derartiges Besichtigungsrecht außerordentlich weit geht, etwa in einer großen Stadt, wo Tausende von Personen große Hunde besitzen und sonst kein Anhalt besteht, daß der Betreffende den schädigenden Hund besitzt, liegt auf der Hand.

II. Es kann hier nicht näher untersucht werden, ob Dierschke bei der zweiten Alternative nicht etwas zu wenig verlangt, ob

4) § 15 S. 68 f.

nicht vielmehr der ganze Anspruch wahrscheinlich sein muß, indem von einem „Gewißheit verschaffen" nur die Rede sein kann, wenn bereits ein gewisser begründeter Verdacht gegen den Besitzer vorliegt. Der volle Beweis dieser Wahrscheinlichkeit würde im Prozeß zwar nicht mit logischer Notwendigkeit, aber doch häufig in der Praxis auf eine Glaubhaftmachung des Anspruchs hinauskommen. Denn wenn sich ein Klageanspruch auf die Tatsachen a, b, c und d stützt, so kann eine Glaubhaftmachung entweder so erfolgen, daß jede einzelne Tatsache glaubhaft gemacht wird (durch eidesstattliche Versicherung), oder daß einzelne Tatsachen (a und c) bewiesen, einzelne (b und d) glaubhaft gemacht werden, oder daß a, b und c bewiesen und dem richterlichen Ermessen anheimgestellt wird, daraufhin auch die Tatsache d als wahrscheinlich anzunehmen[5]).

Wenn bei der Klagerhebung die Voraussetzungen des Vorlegungsanspruchs aus § 809 (zweite Alternative) gegeben sind, also Wahrscheinlichkeit für das iud. dir. vorhanden ist oder — nach der Dierschkeschen Ansicht — dessen Fundamente bis auf eine Tatsache feststehen, so ist der Anspruch berechtigt. Hieraus folgt die merkwürdige Tatsache, daß der Anspruch auch dann, wenn der beklagte Besitzer dartun könnte, daß überhaupt der Kläger kein iud. dir. gegen ihn hat, mit Erfolg geltend gemacht werden kann, daß also ein Gegenbeweis gegen die vor Klagerhebung vorhanden gewesene Wahr-

---

5) Diese letzte Art würde sich der Dierschkeschen Ansicht von dem Loch in der Beweiskette nähern, nur daß Dierschke nicht verlangt, daß die bewiesenen Tatsachen die fehlende wahrscheinlich machen. Nach der Ansicht, welcher wir zuneigen, müßte letzteres aber der Fall sein und in dem obigen Beispiel aus § 833 noch eine weitere Tatsache bewiesen werden, um den Anspruch (das iud. dir.) gegen den Tierbesitzer wahrscheinlich zu machen, etwa zum mindesten, daß sein Hund zur Zeit der Verletzung frei umherlief.

scheinlichkeit nicht zugelassen ist (vgl. oben § 15 I). Dies ist jedoch keine Ausnahme von dem Satze des modernen Prozeßrechts, daß auch solche Tatsachen für die Urteilsfindung zu berücksichtigen sind, die erst nach Klagerhebung eingetreten sind (vgl. Gaupp-Stein § 300 III b); denn die Tatsachen, welche die Wahrscheinlichkeit widerlegen sollten, und deren Beweis abgeschnitten ist, sind in der Regel nicht später neu eingetreten, sondern sie bestanden objektiv bereits bei Klagerhebung. Allerdings kann logisch nicht mehr von objektiver Wahrscheinlichkeit des iud. dir. die Rede sein, wenn bewiesen werden könnte, daß es überhaupt nicht bestehe. Es handelt sich aber eben um die Wahrscheinlichkeit, die bei der Geltendmachung des Vorlegungsanspruchs vom Standpunkt des Klägers vorhanden war[6]), und wenn diese einmal vorhanden war, so ist und bleibt der Vorlegungsanspruch berechtigt, auch wenn der Beklagte zehnmal beweist, daß in der Beweiskette des iud. dir. ein Loch nicht nur besteht, sondern stets bestehen wird. Ließe man den Gegenbeweis zu, dürfte also, wenn der Kläger zum Zwecke der Vorbereitung der rei vindicatio hinsichtlich eines Gemäldes die Gemäldegalerie des Beklagten besichtigen will, letzterer im Vorlegungsprozeß durch glaubwürdige Zeugen beweisen, daß er in der Tat das gesuchte Gemälde nicht hat, so würde der Vorlegungsprozeß zum Hauptprozeß, würde im

---

6) Die Gewißheit oder Ungewißheit, die vom Standpunkt bestimmter Personen aus besteht, ist auch sonst im Rechtsverkehr ausschlaggebend, während es nicht darauf ankommt, ob objektiv die in Frage stehenden Verhältnisse bereits entschieden sind. So ist eine Seeversicherung gültig, auch wenn der zu ersetzende Schaden bereits eingetreten ist, jedoch für den Versicherer unverbindlich, wenn der Versicherungsnehmer hiervon Kenntnis hatte (§ 785 H.G.B.). Ferner ist z. B., wenn A dem B ein Lotterielos nach stattgehabter Ziehung verkauft, der Kaufvertrag nur gültig, wenn beide Teile über das Ziehungsergebnis im ungewissen sind, jedoch anfechtbar, wenn der eine Teil dem andern seine Kenntnis davon verschweigt, daß das Los eine Niete bezw. ein Treffer ist.

Vorlegungsprozeß das iud. dir. aufgerollt[7]) und der Zweck des Gesetzes, den Hauptprozeß durch die provisorische Besichtigung zu vermeiden, gerade vereitelt. Die Zulassung des Gegenbeweises versetzte auch den Vorlegungssucher in die übelste Lage; denn obgleich die Voraussetzungen seines Anspruchs vorhanden sind, riskierte er, den Prozeß zu verlieren, wenn der Beklagte im Prozeß nachwiese, daß er gar nicht die gesuchte Sache habe[8]). Der Vorlegungssucher soll sich aber auf Grund des § 809 persönlich unterrichten und überzeugen dürfen, und die Beweise, die vor dem Prozesse der Besitzer dem Vorlegungssucher dafür vorführt, daß er nicht die Sache habe, haben für diesen in der Regel so wenig überzeugende Kraft, als die sog. „eidesstattlichen Versicherungen", die dem pfändenden Gläubiger vor der Interventionsklage eingereicht werden.

§ 19.
Art und Charakter des Anspruchs aus § 809 im Vergleich zu § 810 B.G.B.

I. Der Anspruch aus § 809 ist nicht, wie der aus § 810[1]), jedem Besitzer gegenüber wirksam, sondern, da er ein gegen

7) Vgl. oben § 15 I, wo in gleicher Weise ausgeführt ist, daß das rechtliche Interesse nicht in dem Umfang des Hauptprozesses zum Gegenstand der Verhandlung gemacht werden darf.

8) Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei noch besonders auf folgendes hingewiesen: Der Besitz einer Sache ist stets Voraussetzung für den Anspruch aus § 809. Während aber bei der ersten Alternative des § 809 der Vorlegungssucher beweisen muß, daß der „Besitzer" gerade die Sache besitzt, um die es sich handelt, braucht er bei der zweiten nur zu beweisen — gewöhnlich wird es unstreitig sein — daß der andere eine Sache besitzt, bei welcher die Identität mit der gesuchten festgestellt werden soll. Der andere darf im letzteren Fall zwar nicht bestreiten, daß er die gesuchte Sache, wohl aber, daß er überhaupt irgend eine in Frage kommende Sache besitze, also in den obigen Beispielen zwar nicht, daß er den gesuchten Hund oder das gesuchte Gemälde, wohl aber, daß er überhaupt einen Hund oder eine Gemäldegalerie besitze.

den Besitzer gehendes iud. dir. voraussetzt, nur demjenigen Besitzer gegenüber, dem gegenüber das iud. dir. wirksam ist oder — in der zweiten Alternative — wäre (nämlich wenn es sich als begründet herausstellen sollte). Das ergibt sich eben daraus, daß der Vorlegungsanspruch aus § 809 nur der Realisierung des iud. dir. gegen den Besitzer dient und mit diesem hinfällig wird. Das Besichtigungsrecht geht also durch den Besitzwechsel verloren, wenn das iud. dir. nicht gegen den neuen Besitzer der Sache wirksam ist[2]); ist am 10. April ein Schaden durch ein Tier verursacht und das Tier unstreitig erst am 12. April von dem jetzigen Besitzer erworben, so besteht in Ansehung dieses Tieres, da selbstverständlich der Anspruch aus § 833 B.G.B. — anders die alte actio noxalis — nicht gegen den neuen Erwerber wirksam ist, kein Besichtigungsrecht, obgleich es für den Geschädigten höchst wertvoll wäre, festzustellen, ob das Tier den Schaden verursacht hat, um gegen den Vorbesitzer vorgehen zu können.

Der Charakter des Vorlegungsanspruchs aus § 809 hängt daher vom iud. dir. ab; je nachdem letzteres dinglich oder obligatorisch ist, ist er es auch[3]). Der Anspruch wird daher besonders weit gehen in Ansehung einer gestohlenen Sache, die kein Geldstück oder Inhaberpapier ist, und daher von dem gutgläubigen Dritten nicht zu Eigentum erworben wird (B.G.B. §§ 932, 935). Gegen jeden Besitzer wirksam ist das iud. dir. und demgemäß der Vorlegungsanspruch, wenn es sich um einen Abholungsanspruch (B.G.B. §§ 867,

1) Vgl. oben § 5 IV.

2) Vgl. auch § 836 B.G.B.

3) Schon die Entscheidung S.A. 31 Nr. 335 sprach es aus, daß die a. a. e. bisweilen, nämlich wenn sie auf Eigentum gestützt werde, die Natur einer dinglichen Klage habe. Hingegen war die a. a. e. nicht allgemein eine dingliche Last, die auf der Sache ruhte, wie Schmieding S. 22 behauptet.

1005) oder eine actio aquae pluviae arcendae (Vorflut) handelt.

Hiernach ist der Anspruch aus § 809 keine actio in rem scripta[4]). Er ist daher, auch wenn er in Ansehung einer unbeweglichen Sache geltend gemacht wird, kein Anspruch, der „gegen den Besitzer als solchen" gerichtet wird und für den der dingliche Gerichtsstand gilt (§ 26 C.P.O.)[5]); denn nicht durch den Besitz allein wird die Passivlegitimation bei der Klage aus § 809 bestimmt, sondern auch durch das persönliche Element, daß gerade gegen diesen Besitzer ein iud. dir. besteht oder möglicherweise besteht.

II. Die Besichtigung der Sache nach § 809 und 810 ist im Prinzip gleichartig, in beiden Fällen bestimmt das Interesse den Umfang der Besichtigung; jedoch wird man bei § 809 stets die Besichtigung des Originals, der Sache selbst, fordern können, da sich sonst das Bestehen eines Anspruchs in bezug auf die Sache nicht mit Sicherheit feststellen läßt; hingegen muß sich bei § 810 der Vorlegungssucher u. U. mit einer beglaubigten Abschrift begnügen[6]). Wenn es sich andererseits um eine Urkunde handelt, so wird sich die Besichtigung nach § 809 häufig auf das Aeußere der Urkunde beschränken, soweit die Besichtigung zu den Zwecken des iud. dir. nötig ist, während die Besichtigung nach § 810 stets eine genauere ist und sich auf den Inhalt der Urkunde erstreckt. Es bedarf

4) Vgl. oben § 5 zu Anm. 13; auch für das römische Recht nicht, wie Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. XI S. 189 u. 226 und Schmieding S. 12 behaupten. Denn nicht lediglich mit der facultas exhibendi wechselt die Passivlegitimation, sondern das iudicium directum mußte auch dem Rechtsnachfolger gegenüber bestehen.

5) A. M. Gaupp-Stein § 26 II A. Die Klage aus § 810 ist allerdings „gegen den Besitzer als solchen" gerichtet, doch kommt bei dieser, da es sich nur um Urkunden, also Mobilien, handelt, der Gerichtsstand des § 26 natürlich nicht in Frage.

6) Vgl. oben § 5 Anm. 1.

schließlich nur der Erwähnung, daß bei Urkunden das „Recht in Ansehung" der Urkunde, das iud. dir., also etwa der Eigentumsanspruch, nicht zu verwechseln ist mit dem Rechte, das die Urkunde nachweist.

§ 20.

Fortsetzung; Kombination von § 809 und 810 B.G.B.

I. Der Anspruch auf § 809 muß sich gegen den Besitzer einer Sache richten; der Vorlegungssucher muß also wissen und beweisen, daß der Betreffende eine bestimmte Sache hat. Bei der zweiten Alternative des § 809 kann der Anspruch auch hinsichtlich verschiedener, natürlich gleichartiger Sachen des Besitzers bestehen, denn es ist ja nicht gesagt, daß gerade an der einen Sache das noch ungewisse iud. dir. bestehe; aber der Vorlegungssucher muß die Sachen genau bezeichnen, die er besichtigen will[1]). Er kann sich das jedoch sparen, wenn er einen „Sachinbegriff" (§ 92 B.G.B.) d. h. hier eine Zusammenfassung von solchen Gegenständen, an deren jedem einzelnen das Besichtigungsrecht bestehen könnte, bezeichnet (z. B. Bibliothek, Herde). Insofern sind auch die Worte des § 809 „gegen den Besitzer einer Sache" und „die Sache zur Besichtigung vorlegt" hinsichtlich der zweiten Alternative ungenau, es müßte genauer heißen[2]): „Wer sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm gegen den Besitzer einer Sache oder mehrerer gleichartiger Sachen oder eines Inbegriffs von gleichartigen Sachen ein Anspruch in Ansehung einer oder einiger dieser Sachen zusteht, kann, wenn eine Besichtigung aus diesem Grunde für ihn von Interesse ist, verlangen, daß der Besitzer ihm die

1) Vgl. oben § 5 zu Anm. 5.

2) Damit soll die genauere schleppende Fassung nicht als Gesetzestext vorgeschlagen werden.

eine oder die mehreren Sachen oder den Inbegriff von Sachen zur Besichtigung vorlegt oder[3]) die Besichtigung gestattet."

II. Ein Anspruch in Ansehung der Sache kann, wenn es sich um Urkunden handelt, auch der Urkundenvorlegungsanspruch des § 810 sein[4]). Setzt man den Anspruch aus § 810 in § 809 ein, dann ergibt die erste Alternative nichts Neues (wer gegen den Besitzer einer Sache — Urkunde — einen Urkundenvorlegungsanspruch hat); denn das wäre identisch mit § 810. Eine Erweiterung tritt erst ein, wenn man den Anspruch in die zweite Alternative einsetzt (wer sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm gegen den Besitzer einer Urkunde ein Urkundenvorlegungsanspruch zusteht, kann verlangen, daß u. s. w.).

Damit ist eine große Ausdehnung der Anwendung des § 810 gegeben. Diese bisher wohl noch nirgends aufgestellte Erweiterung von § 810 entspricht erstens durchaus dem Wortlaut, zweitens dem Sinn und der Tendenz des Gesetzes, das, dem modernen Zuge folgend, die Urkundenvorlegung ausdehnt, drittens aber auch dem nämlichen dringenden Bedürfnis, das den Anspruch aus § 809, zweite Alterative, hervorgebracht hat, daß man sich erst präparatorisch überzeugen darf, ob man einen Hauptanspruch hat, ehe man das Risiko eines Prozesses über den letzteren auf sich nimmt.

Bei der zweiten Alternative des § 809 kann zweierlei ungewiß sein: entweder man weiß nicht, ob der Gegner die Sache besitzt, die man sucht, ob die, deren Besichtigung man wünscht, die gesuchte ist (Beispiel besonders die rei vindicatio), oder aber man weiß zwar, daß es sich nur um die

---

3) Wenn man die Unterscheidung zwischen Vorlegung zur Besichtigung und Gestattung der Besichtigung beibehält. Vgl. oben § 2 Anm. 16.

4) Auch andere Einsichtsansprüche, z. B. aus § 716 B.G.B., § 118 H.G.B. können hierher gehören, da man sie auch als Ansprüche in Ansehung bestimmter Sachen auffassen kann; doch ist das unzweifelhaft nicht

Sache des Besitzers handeln kann, man weiß aber nicht, ob überhaupt in Ansehung deren ein Anspruch vorhanden ist (Beispiel[5]): mein Haus ist sehr feucht; ich vermute, daß daran gewisse ordnungswidrige Zustände des Nachbargrundstücks schuld sind; nur dieses kann in Betracht kommen; möglicherweise habe ich aber überhaupt keinen Anspruch gegen irgend jemand, da die Feuchtigkeit auch an den Grundwasserverhältnissen meines eigenen Grundstücks liegen kann).

Dementsprechend können auch die Verhältnisse hier liegen: entweder ich weiß zwar, es besteht eine gemeinsame Urkunde im Sinne des § 810, aber ich weiß nicht, ob die Urkunde des andern, von der ich es vermute, die gewünschte ist; oder ich weiß nicht recht, ob die Urkunde des anderen, um die es sich allein handeln kann, eine gemeinsame ist.

Beide Fälle gewähren ein Recht aus § 809. Das Eigentümliche ist hier nur, daß unter Umständen die auf Grund von § 809 erfolgte Besichtigung bereits die Zwecke der mit dem iud. dir., dem Anspruch aus § 810, verfolgten erstrebt, jedoch nicht immer, da beide Besichtigungen nicht völlig übereinstimmen[6]; andrerseits, soweit letzteres der Fall, ist im Prozeß die Vorlegung in allen Fällen dieselbe, welches auch das zu Grunde liegende Recht ist, da der Prozeß hinsichtlich der Urkundenvorlegung nivelliert[7]. Man kann also im Prozeß Vorlegung ebenso verlangen auf Grund der Kombination von § 809 und 810, wie auf Grund des Vorlegungsanspruchs des § 809 (beider Alternativen) allein, wenn er auf die Urkunde als Sache, nicht als Trägerin von Gedanken geht. Für den Prozeß ist folgendes zu beachten, was des

5) Im Anschluß an Endemann § 197 S. 1230 Anm. 13 gebildet.

6) Vgl. oben § 19 II.

7) Vgl. oben § 2 II, unten § 26 II.

Zusammenhangs wegen bereits hier im materiellen Teil dargelegt sei.

III. Der Anspruch aus § 809 (zweite Alternative) sowie der Kombinationsanspruch kann natürlich dann im Prozeß als Vorlegungsanspruch nicht Verwendung finden, wenn der Vorlegungssucher nicht weiß, ob und welche für den Prozeß erhebliche Tatsache eigentlich in der Urkunde beurkundet ist; denn ein Vorlegungsantrag gemäß § 424 Nr. 2 und 3 (Bezeichnung der durch die Urkunde zu beweisenden Tatsachen und mögl. vollständige Bezeichnung der Urkunde) ist dann unmöglich und zwar sowohl des Gegners als auch eines Dritten. Weiß der Vorlegungssucher dagegen nicht genau, ob die Urkunde, die der andere besitzt, diejenige ist, welche die bekannten rechtserheblichen Tatsachen beurkundet, dann ist zwar ein Vorlegungsantrag gegen einen Dritten (§ 428) in der Regel auch unmöglich, da er meist nicht wird glaubhaft machen können, daß der Dritte die gewünschte Urkunde besitzt (§ 430). Hingegen wird ein Vorlegungsantrag gegen den Gegner möglich sein, da der Nr. 4 des § 424 durch Angabe[8]) irgendwelcher Umstände, die für den Besitz des Gegners sprechen, genügt werden kann. Damit tritt aber dem Gegner gegenüber dieser Fall nicht in der Kombination von § 809 und 810, sondern einfach in der gewöhnlichen Gestalt auf, indem sich der Anspruch lediglich auf § 810 stützt, da der Besitz nicht glaubhaft gemacht zu werden braucht und der Vorlegungssucher seine Ungewißheit über den Besitz des Gegners gar nicht äußert, sondern es darauf ankommen läßt, ob dieser den Vorlegungseid (§ 426) leistet.

In seiner eigentlichen Gestalt zeigt sich aber der Anspruch im Prozeß in folgenden Fällen: man weiß, daß der Gegner oder Dritte eine für den Prozeß erhebliche Urkunde besitzt,

---

8) Glaubhaftmachung nicht nötig.

man weiß aber nicht genau, ob sie auch gleichzeitig eine gemeinsame ist oder sonst ein bürgerlichrechtlicher Einsichtsanspruch besteht (z. B. es soll als rechtserheblich eine in einem Briefe vorkommende beleidigende Äußerung bewiesen werden, gleichzeitig war der betreffende Brief ein Geschäftsbrief; man weiß aber nicht recht, ob dieser Brief etwa Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält und daher eine gemeinsame Urkunde ist). In derartigen Fällen kann auf Grund des Kombinationsanspruchs Vorlegung der beweiserheblichen Urkunden verlangt werden. Dabei ist glaubhaft zu machen, daß das Bestehen des Editionsanspruchs zwar ungewiß, aber wahrscheinlich ist[9]), ferner entweder die Tatsache, daß überhaupt eine solche vorlegungspflichtige Urkunde existiert (wenn der Vorlegungsanspruch an sich, aber nicht der Besitz des anderen feststeht), oder aber die Tatsache des Besitzes (wenn ungewiß ist, ob die Urkunde, um die es sich allein handeln kann, vorlegungspflichtig ist), letzteres jedoch nur bei dem Dritten, nicht dem Gegner[10]) [11]).

---

9) Oben § 18 Anm. 1; indem nur die Wahrscheinlichkeit des Editionsanspruchs glaubhaft zu machen ist, während sonst der Anspruch selbst glaubhaft gemacht werden muß (§ 424 Nr. 5), indem also eine doppelte Abschwächung gegenüber dem vollen Beweis eintritt, ist insofern sehr wenig glaubhaft zu machen; es wird also für einen begründeten Vorlegungsantrag vielleicht schon genügen, wenn die Anführungen über den Vorlegungsgrund nicht der inneren Wahrscheinlichkeit entbehren; hierin liegt für den Prozeß der wesentliche Vorteil gegenüber dem Anspruch lediglich aus § 810. Dies gilt natürlich auch dann, wenn als iud. dir. der zweiten Alternative des § 809 nicht der Anspruch aus § 810, sondern ein anderer Herausgabeanspruch oder dergl. in Frage kommt. Vgl. auch unten § 30.

10) Oben Anm. 8.

11) Der Anwendung des Kombinationsanspruchs im prozessualen Vorlegungsverfahren steht es ebensowenig im Wege, wie der des Anspruchs aus § 809, daß an sich die Besichtigung aus dem Grunde gewünscht sein muß, der den Vorlegungsgrund ergibt, d. h. daß an sich die

Die beweiserheblichen Stellen der Urkunde sind an sich nie glaubhaft zu machen, hingegen werden zumeist die Stellen, welche die Vorlegungspflicht begründen, auch die beweiserheblichen sein[12]). Als beweiserhebliche Urkunde muß der Beweisführer stets eine in den Händen des Gegners oder Dritten befindliche genau bezeichnen (§ 424 Nr. 1), so daß es nicht möglich ist, wenn der Beweisführer nach § 809 (oben I) die Besichtigung eines ganzen Handschriftenarchivs verlangen könnte, die Vorlegung des ganzen Archivs vor das Prozeßgericht zu beantragen[13]).

IV. Damit hätten wir den Vorlegungsanspruch aus § 810 und im Anschluß daran den aus § 809 behandelt, und wenn wir auch vornehmlich seine Bedeutung im Prozeß im Auge hatten, so glaubten wir doch bei seiner besonderen Wichtigkeit, und weil es hergebracht ist, ihn im prozessualem Zusammenhang zu erläutern, einer etwas allgemeineren und ausführlicheren Erörterung nicht aus dem Wege gehen zu sollen. Über den Besitz des Urkundeninhabers sowie einige andere Fragen des materiellen Anspruchs ist des Zusammenhangs wegen noch unten gemeinsam mit dem prozessualen Anspruch zu handeln[14]).

Besichtigung deshalb von Interesse sein muß, weil ein iud. dir. besteht oder sein Bestehen festgestellt werden soll (oben § 17 II). Denn die Voraussetzung des Vorlegungsinteresses ist im Prozeß nicht nötig, weil eben der Prozeß das Interesse ersetzt. Dem Vorlegungssucher kommt es natürlich im Prozeß nicht auf das iud. dir. an (vgl. unten § 26 VI, oben § 5 I), sondern nur auf den Prozeß selbst und das thema probandum; und darum schadet es auch nichts, daß es dem Vorlegungssucher auf ganz andere Teile der Urkunde ankommt als die, welche das iud. dir. begründen. Nur das wird man bei der Anwendung des § 809 im Vorlegungsverfahren verlangen dürfen, daß die Vorlegung außerhalb des Prozesses wegen des iud. dir. von Interesse wäre.

12) Vgl. oben § 13 I.

13) Vgl. R.G. in S.A. XLIX Nr. 214 S. 366.

14) Unten §§ 31, 44 ff.

3. Unterabschnitt.

§ 21.

Andere Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Eine Vorlegungspflicht im Prozeß besteht nach § 422 C.P.O. auch dann, wenn außer dem Falle des § 810 oder § 809 B.G.B. nach sonstigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder Vorlegung der Urkunde gefordert werden kann.

I. Für Herausgabeansprüche kommen alle dinglichen oder persönlichen Rechte des Privatrechts in Betracht, in denen ein Recht an der Urkunde wie an jeder anderen Sache oder gerade wegen ihrer Urkundseigenschaft begründet ist[1]). Es ist aber in ersterer Hinsicht bezüglich der Rechte an der Urkunde als Sache zu bemerken, daß aus einem dinglichen Recht z. B. Eigentum noch nicht das Recht folgt, die Herausgabe der Sache jederzeit verlangen zu können; so hat der Vermieter oder Verleiher einer Sache, der ihr Eigentümer ist, während der Dauer des Miets- oder Leiheverhältnisses keinerlei Herausgabeanspruch, ebenso nicht der Eigentümer einer verpfändeten Sache. Wegen ihrer Eigenschaft als Urkunde wird ein Herausgaberecht namentlich gegeben in B.G.B. §§ 371, 402, 413, 444 f., 1267 und oft. Eine herauszugebende Urkunde ist erst zu schaffen, wenn ein Bücherauszug oder die abschriftliche Mitteilung einer Bilanz gefordert werden kann (B.G.B. § 444, H.G.B., §§ 65, 91, 101, 166, 338); die Uebereinstimmung mit dem Original darf in allen letztgenannten Fällen als selbstverständlich gefordert, jedoch darf beglaubigte Abschrift nur im Falle des § 444 B.G.B. verlangt werden, was bei den Gesellschaftsverhältnissen des H.G.B. durch das

1) Vgl. die Aufzählung in den Kommentaren, namentlich Gaupp-Stein und Seuffert zu § 422.

gleichzeitig gewährte Prüfungsrecht der Bücher ersetzt wird, während das Recht dem Agenten fehlt, ein Mangel, der neuerdings in den Kreisen der Agenten zu lebhaften Klagen — wohl mit Recht — Anlaß gegeben hat[2]. Besondere Herausgaberechte geben noch W. O. Art. 48 und 54 bezüglich Wechsels und Protestes sowie der nach Art. 54 zu errichtenden Rikambionote. Bei dem Anspruch aus einer Alternativobligation mit Wahlrecht des Gläubigers besteht, solange das Wahlrecht durch Ausübung der Wahl noch nicht erschöpft ist (§ 263 B.G.B.), ein Herausgabeanspruch hinsichtlich jedes der alternativ geschuldeten Gegenstände[3], doch kann natürlich für den Prozeß nur die Vorlegung der beweiserheblichen Urkunde verlangt werden. Ein bürgerlichrechtlicher Anspruch im Sinne von S. 6 ff. ist ferner das Recht des Konkursverwalters nach § 120 K. O., die Vorlegung der von den Gläubigern, die abgesonderte Befriedigung verlangen, innegehabten Sachen zu verlangen[4], sowie das Recht des Gläubigers, der eine Forderung des Schuldners gepfändet und überwiesen erhalten hat, auf Herausgabe der über die Forderung vorhandenen Urkunden nach § 836 C.P.O. Das Recht aus § 836 C.P.O. auf Herausgabe der Urkunde besteht auch ohne weiteres einem Dritten gegenüber, der die Urkunde besitzt, sofern der Schuldner einen Anspruch diesem Dritten gegenüber hat[5], ohne daß es erst einer Überweisung nach § 886 C.P.O. bedürfte. Ein Recht auf Benutzung der Urkunde und damit auf Vorlegung nach § 422 C.P.O. hat der Gläubiger nach § 836 stets, auch wenn nur ein Teil

---

2) Vgl. oben § 7 III.

3) Vgl. Dernburg, B. R. 1. u. 2. Aufl. Bd. II § 42 II 1 c, unten § 26 III.

4) Nach Jaeger, Konkursordnung ist § 120 nur ein qualifizierter Anwendungsfall des § 809 B.G.B.

5) Gaupp-Stein § 836 III a. E.

der Forderung gepfändet und überwiesen ist, sodaß es nicht weiter auf die Streitfrage ankommt, welcher Natur das Recht des Gläubigers an der Urkunde in diesem Falle ist[6]. Das Recht des § 836 C.P.O. kommt daher im Prozeß nach § 422 oder 429 zur Geltung, sei es, daß die Urkunde im Besitz des Schuldners, des Drittschuldners oder eines weiteren herausgabeverpflichteten Dritten sich befindet und sei es, daß es sich um einen Prozeß des Gläubigers mit dem Schuldner, dem Drittschuldner oder einem weiteren Dritten handelt.

II. Einsichtsansprüche können, wie bereits oben S. 12 ausgeführt, aus jedem Rechtsverhältnis entspringen, und es entspricht der Billigkeit und den Anforderungen des Verkehrs, wie bereits hervorgehoben[7], in der Gewährung derartiger Ansprüche als Nebenansprüche möglichst weitherzig zu sein. Besonders vorgesehen sind sie namentlich als Annex von dauernden Verhältnissen, wie Gesellschaftsverhältnissen[8], so B.G.B. § 716, H.G.B. §§ 91, 65, 118, 157[9], 166, 246, 263, 338, 498, sowie die Ansprüche auf Rechnungslegung, in denen gleichzeitig eine Klagenverbindung gemäß § 254 C.P.O. zulässig ist, ähnlich das Einsichtsrecht des Verfassers in die Geschäftsbücher des Verlegers, wenn sich die Vergütung aus dem Verlagsvertrag nach dem Absatz richtet (§ 24 des Gesetzes über das Verlagsrecht vom 16. 6. 1901), die Fälle, in denen sonst, wie bei der Vormundschaft und Gegenvormundschaft, eine dauernde Kontrolle vorgesehen ist, so B.G.B. § 259 vbd. mit §§ 666 681,2, 713, 1214,1, 1421, 1546,3, 1681, 1890, 1915, 1978, 1990 ff., 2130,2, 2218, H.G.B.

---

6) Vgl. darüber Weigelin, „Pfändungspfandrecht an Forderungen" 1899 S. 77 f., gegen dessen Ausführungen mit Recht Gaupp=Stein § 836 zu Anm. 13.

7) Vgl. oben § 7 III.

8) So Gaupp=Stein § 422 II 2.

9) Vgl. auch oben § 9 zu Anm. 1.

§ 340, B.G.B. § 260 vbd. mit den eben genannten Paragraphen und mit §§ 419, 1374,2, 1891, 2011, 2018, 2027, 2028, 2127, 2314, 2362, 2374, ferner § 1799. In den Fällen, in denen auf Grund des Rechtes auf Prüfung oder Rechnungslegung die Einsicht eines ganzen Komplexes von Urkunden gefordert werden kann, darf natürlich im Prozeß nur die Vorlegung der bestimmt zu bezeichnenden beweiserheblichen verlangt werden.

2. Abschnitt.

§ 22.

Der prozessuale Vorlegungsgrund der Bezugnahme.

I. Neben die bisher besprochenen Verpflichtungsgründe des materiellen Privatrechts tritt noch als selbstständiger durch das Prozeßrecht gegebener Grund der der Bezugnahme in § 423 C.P.O. Hiernach ist der Gegner des Beweisführers auch zur Vorlegung derjenigen in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf welche er im Prozesse zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn dieses nur in einem vorbereitenden Schriftsatz geschehen sein sollte. Der Vorlegungsgrund ist daher ein prozeßrechtlicher, insofern er, durch einen Satz des Prozeßrechts eingeführt, durch eine prozessuale Handlung, die Bezugnahme, entsteht und nur für denselben Prozeß, in dem die Bezugnahme geschehen ist, Wirksamkeit hat. Es kann also unabhängig von dem schwebenden Prozeß weder auf Vorlegung geklagt noch eine Verpflichtung auf die Bezugnahme gestützt werden für einen anderen Prozeß auch zwischen denselben Parteien und über dieselbe Sache. Der Grund der Vorschrift wird weniger darin zu suchen sein, daß durch die Bezugnahme die Gemeinschaftlichkeit für beide Par-

teien im konkreten Prozesse begründet werde[1]), als vielmehr darin, das es den Grundsätzen des prozessualen Anstandes entspricht, daß die Partei die Urkunden, mit denen sie sich gebrüstet hat, auch ihrerseits vorlege[2]); es ist auch für die Güte der Sache einer Partei sehr verdächtig, wenn sie nicht mehr ihre eigenen Beweismittel vorbringen will.

II. Die Bezugnahme muß zur Beweisführung geschehen sein, d. h. der Gegner muß die Urkunde, sei es ausdrücklich, sei es dem Sinne nach, als Beweismittel erwähnt haben. Es genügt daher nicht die Erwähnung der Urkunde mit der Behauptung, daß sie einen bestimmten Inhalt habe, wie Apt meint[3]). Diese Unterscheidung entspricht nicht nur dem Wortlaut des § 423, sondern ist auch sachlich gerechtfertigt, da man auf eine Urkunde sich beziehen kann, ohne sie zur Beweisführung gebrauchen zu wollen, oder sogar mit dem Willen und der Erklärung, sie nicht zu gebrauchen. Diese Ansicht spricht auch das Reichsgericht[4]) mit den Worten aus, daß die Urkunde als solche zum Beweise, nicht aber lediglich auf deren Inhalt, der auch mündlich hätte mitgeteilt sein können, Bezug genommen sein muß[5]). Die Apt'sche Ansicht, daß jede Erwähnung der Urkunde „Bezugnahme“ im Sinne des

1) So Schlieckmann, Die Urkundenedition von Seiten Dritter, Halle 1896 (Diss.) S. 32; Struckmann-Koch zu § 423.

2) So Apt S. 26 f.; Kohler S. 374 ff.

3) S. 24 ff. Wenn man, wie Apt, in § 423 die Worte „zur Beweisführung“ als selbstverständlichen Zusatz auffaßt, der auch fehlen könnte (S. 24), dann darf man gerade erst recht nicht eine Bezugnahme, die nicht zur Beweisführung geschieht, für genügend ansehen.

4) Bd. XXXV S. 109; auch Gaupp-Stein zu § 423.

5) In dem betr. Falle hatte die Partei nur die Tatsache, daß eine Urkunde (eine über den Gegner erteilte ungünstige Auskunft) vorhanden sei, behauptet, aber gleichzeitig gesagt, daß sie die Urkunde nicht vorlegen könne und wolle, da die Auskunft streng vertraulich sei. In diesem Falle eine nach § 423 verpflichtende „Bezugnahme“ anzunehmen, wäre absurd.

§ 423 sei, führte überhaupt zu der — offenbar unerwünschten — Folge, daß jede Erklärung, welche die Partei auf eine Behauptung des Gegners über eine in ihren Händen befindliche Urkunde abgibt, eine „Bezugnahme“ wäre, obgleich sie doch, um die Behauptung des Gegners betreffs des Urkundeninhalts nicht als wahr gelten zu lassen, sie bestreiten muß (§ 138); es kann aber natürlich keinen Unterschied machen (und bildet keine Bezugnahme), sei es daß die Partei einfach sich negativ verhält und die Behauptung des Gegners betreffs ihrer Urkunde bestreitet, sei es, daß sie eine positive Erklärung abgibt d. h. motiviert bestreitet, indem sie gleichzeitig ihrerseits eine Darstellung von dem Inhalt der Urkunde gibt.

Die Partei ist ferner nur zur Vorlegung verpflichtet, wenn sie auf in ihren Händen befindliche Urkunden Bezug genommen hat. Die Worte „in ihren Händen befindlich“ sind wie der Tatbestand eines Strafgesetzes auszulegen, d. h. die Urkunde muß sowohl objektiv zur Zeit der Bezugnahme in den Händen der Partei sein, als auch die Partei muß es subjektiv so gemeint und dargestellt haben, als sei die Urkunde in ihren Händen befindlich. Eine Verpflichtung zur Vorlegung besteht daher nicht, wenn die Urkunde erst nach der Bezugnahme in den Besitz der Partei gekommen ist.

Wer ferner den Inhalt einer Urkunde schildert, aber nicht erkennen läßt, daß er sie besitzt, wird in der Praxis niemals auf sie zur Beweisführung Bezug nehmen wollen.

III. Da § 429 C.P.O. den Dritten d. h. eine Person, die nicht Gegner ist, zur Vorlegung einer Urkunde aus denselben Gründen verpflichtet, wie den Gegner[6]), so kann auch für einen Dritten, zu dessen Nötigung eine besondere Klage erforderlich ist, eine Verpflichtung aus dem Grunde der Bezugnahme vorhanden sein, sofern er an dem Hauptprozeß

6) Vgl. unten § 40 III.

teilgenommen hat[7]). Das ist jedoch nur möglich, wenn der Dritte Nebenintervenient (§ 66) oder frühere, nunmehr ausgeschiedene Partei (§§ 75—77, 265,2, 266,1) gewesen ist. Die Verpflichtung dieser Personen erstreckt sich wie die des Gegners auch nur auf den anhängigen Prozeß.

Vom Standpunkt des Beweisführers ist sowohl sein eigener Nebenintervenient als auch der des Gegners Dritter. Die Apt'sche Ansicht (S. 67 f.)[8]), wonach der Nebenintervenient nicht Dritter und auf ihn das dem Gegner gegenüber vorgesehene Verfahren anzuwenden sei, scheitert daran, daß auf ihn gar nicht der Vorlegungseid des § 426, den nur die Partei schwören kann, und auch nicht die für die Partei höchst ungünstige Folge der Nichtvorlegung oder Eidesverweigerung (§ 427) paßt. Denn die Partei ist gar nicht in der Lage, die im Besitz ihrers Nebenintervenienten befindlichen Urkunden wider dessen Willen vorzulegen.

Man muß überhaupt unterscheiden, ob der eigene Nebenintervenient oder der des Gegners Bezug nimmt und ob das hinsichtlich einer im Besitz des Intervenienten oder der unterstützten Partei befindlichen Urkunde geschieht. Nimmt der Intervenient des Gegners Bezug, so ist diese prozessuale Handlung giltig, sofern die unterstützte Partei, der Gegner, nicht widerspricht (§ 67); hat er auf eine im Besitz des Gegners befindliche Urkunde als solche Bezug genommen, so hat er den Gegner durch diese wirksame, für ihn vorgenommene Handlung verpflichtet. Widerspricht der Gegner der Bezugnahme, dann ist die Bezugnahme als für den Gegner nicht geschehen zu betrachten und hat daher weder für diesen noch für den Nebenintervenienten, der ja nicht besitzt, Bedeutung. Hat der Nebenintervenient auf eine in seinem Besitz befind-

7) So Gaupp-Stein, Struckmann-Koch, Seuffert zu § 429.

8) Gegen die sich mit Recht besonders Kohler (S. 374 Anm. 4) und Klöppel (Gruch. Bd. XXXVII S. 447 ff.) erklärt haben.

liche Urkunde Bezug genommen, so hat er sich durch diesen Akt für seine Person wirksam verpflichtet und bleibt auch ungeachtet des Widerspruchs der unterstützten Partei auf Grund des § 423 dem Beweisführer verpflichtet, da diese einmal dem Beweisführer gegenüber eingetretene Verpflichtung nicht mehr beseitigt werden kann; die unterstützte Partei ist aber in keinem Fall verpflichtet, da sie nicht besitzt.

Die Bezugnahme der unterstützten Partei auf eine im Besitze des Nebenintervenienten befindliche Urkunde verpflichtet dagegen niemals den letzteren, da die Partei nicht für ihren Nebenintervenienten Prozeßhandlungen vornehmen kann.

Schließlich wird der Nebenintervenient als Dritter auch seiner eigenen Partei gegenüber zur Vorlegung verpflichtet und kann im Klagewege dazu genötigt werden, wenn er auf eine in seinem Besitz befindliche Urkunde Bezug genommen hat.

3. Abschnitt.

Anhang.

§ 23.

Befugnisse des Gerichts zur Anordnung der Vorlegung von Urkunden.

In den bisher besprochenen Fällen bestand ein Recht der Partei auf Vorlegung, auf welches ein Vorlegungsantrag gestützt werden konnte. Daneben gibt es Fälle, in denen das Gericht, ohne das Bestehen eines solchen Rechts oder unabhängig davon, die Befugnis hat, die Vorlegung von Urkunden anzuordnen.

I. § 134 C.P.O. verpflichtet die Partei, die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie in einem vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen hat, wenn sie recht-

zeitig aufgefordert wird, vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und den Gegner von der Niederlegung zu benachrichtigen.

Die Vorschrift dient, wie ihr Zusammenhang ergibt, der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung; ihre Verletzung hat daher keine anderen Nachteile, als etwa die Unterlassung von vorbereitenden Schriftsätzen, schadet also in der Sache selbst nichts [1]). Die Verpflichtung nach § 134 soll sich offenbar von der nach § 423 nicht unterscheiden [2]), sodaß sie nur dann besteht, wenn die Bezugnahme „zur Beweisführung" geschehen ist, obgleich die letzteren Worte in § 134 fehlen. Denn es wäre kein Grund ersichtlich, daß die C.P.O. Niederlegung zur Vorbereitung der Verhandlung in Fällen anordnen sollte, in denen gar keine Vorlegung verlangt werden kann; auch denkt § 134 offenbar nur an den Fall, daß die bezugnehmende Partei in der Verhandlung tatsächlich die Urkunde vorlegt, also im Schriftsatz zur Beweisführung Bezug genommen hat, und will den Gegner vor Überraschung schützen und ihm Zeit lassen, sich auf den Urkundeninhalt vorzubereiten; wenn dagegen die bezugnehmende Partei nicht freiwillig vorlegt und es erst eines regelrechten Vorlegungsantrages bedarf, dann entfällt dieser Zweck von selbst, da ja in dem auf die bezugnahme folgenden Verhandlungstermin doch nicht die Vorlegung geschieht. Jedenfalls kann nur dort, wo eine Vorlegung in der mündlichen Verhandlung verlangt werden könnte, nach der instruktionellen Vorschrift des § 134 auch schon vorher Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei verlangt werden.

II. Wenn § 142 bestimmt, daß das Gericht anordnen kann, daß eine Partei die Urkunden, auf die sie sich bezogen hat, vorlege, so hat diese Bestimmung auch nur entsprechend

---

1) Vgl. Gaupp-Stein § 134 II.

2) Insofern stimmen wir mit Apt S. 24 überein. Vgl. jedoch oben § 22 II.

dem § 134 Anwendung zu finden, wenn die Bezugnahme zur Beweisführung geschehen ist und auch die Vorlegung nach § 423 verlangt werden könnte. Indem das Gericht von einer Partei dazu angeregt und veranlaßt wird, von der seinem pflichtmäßigen Ermessen unterliegenden Befugnis Gebrauch zu machen, erreicht daher die Partei nichts, was sie nicht auch im Wege des Vorlegungsverfahrens erreichen könnte. Die Vorschrift unterscheidet sich hingegen von § 423 einerseits dadurch, daß es eines Antrages der Partei nicht bedarf, andrerseits dadurch, daß die Nichtvorlegung nicht, wie in § 427, vom Gesetz bestimmte Folgen hat, sondern das Verhalten der Partei der freien Beweiswürdigung nach § 286 unterliegt, die in praxi zu dem gleichen Ergebnis führen wird, wie die Beweisregel des § 427. Es steht aber nichts im Wege, daß die Partei, wenn sie merkt, daß das Gericht im konkreten Fall aus der Weigerung des Gegners nichts diesem Nachteiliges folgern will, noch auf Grund des § 423 das Vorlegungsverfahren betreibt.

Die Bestimmung des Abs. 2 des § 142, wonach das Gericht anordnen kann, daß die vorgelegten Urkunden und sonstigen Schriftstücke des Abs. 1 während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Gerichtsschreiberei verbleiben, ergänzt den § 134, der nur für die Zeit vor der Vorlegung Vorschriften gibt. Sie gilt aber nicht nur für die auf Grund dieser Vorschrift, sondern auch für die sonst, freiwillig oder im Wege des Vorlegungsverfahrens vorgelegten Urkunden, allerdings auch mit der Maßgabe, daß der Pflicht zur Vorlegung durch die Vorlegung im Termin genügt ist, während aus der Weigerung, die Anordnung aus § 142 Abs. 2 zu befolgen, wiederum nur Schlüsse auf Grund des § 286 gezogen werden können[3]).

3) Vgl. Gaupp-Stein § 420 zu Anm. 3 und die das. Citierten. Ist jedoch eine sachgemäße Benutzung der im Vorlegungsverfahren vor-

III. Von besonderer Wichtigkeit ist die Vorschrift des § 45 H.G.B. Hiernach kann das Gericht im Laufe eines Rechtsstreits auf Antrag oder von Amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anordnen. Die Vorschrift findet nicht nur dann Anwendung, wenn auch auf Grund der §§ 422, 423 C.P.O. Vorlegung verlangt werden könnte[4]. Dies bringt auch der Abs. 2, der gleichzeitig eine auf dem Boden des alten § 387 C.P.O. entstandene Kontroverse schlichtet[5], zum Ausdruck, indem er sagt: „Die Vorschriften der C.P.O. über die Verpflichtung des Prozeßgegners zur Vorlegung von Urkunden bleiben unberührt.“ Die Vorschrift des § 45 findet in Handelssachen in der Praxis so häufige Anwendung, daß sie betreffs der Handelsbücher fast ganz das eigentliche Vorlegungsverfahren verdrängt hat. Dabei ist jedoch zu beachten, daß § 45 H.G.B., falls es sich um die Bücher einer offenen Handelsgesellschaft handelt, nur dann Anwendung finden kann, wenn die Gesellschaft selbst oder alle Gesellschafter Partei sind; denn sonst sind die Bücher nicht „die Handelsbücher einer Partei[6].“

Es fragt sich, ob § 45 (früher Art. 37 A.D.H.G.) nur für Handelssachen gilt. Huggenberger[7] bejaht diese Frage,

gelegten Urkunde seitens des Gerichts ohne ein Verbleiben auf der Gerichtsschreiberei nicht möglich, so kann es nicht als ordnungsmäßige Vorlegung gelten, wenn sich die Partei weigert, die Urkunde auf der Gerichtsschreiberei zu lassen. Vgl. unten § 42 Anm. 5.

4) Auch nicht nur dann, wenn eine Partei Bezug genommen hat. Auch bei der nicht allzu wichtigen Vorschrift des § 143 C.P.O. kann das Gericht die Vorlegung ohne besondere Voraussetzung von Amtswegen anordnen.

5) Siehe oben § 7 IV.

6) Davon ist jedoch wieder zu unterscheiden, daß auch ein einzelner Gesellschafter nach § 422 als Mitbesitzer der Bücher zur Vorlegung verpflichtet ist. Vgl. unten § 31 VII.

7) S. 33, ebenso Staub § 45 Erl. 5; Gaupp-Stein § 422 zu Anm. 18.

da nach Art. 1 A.D.H.G.B. das Handelsgesetzbuch nur für Handelssachen gelte. Dem gegenüber vertreten wir die Ansicht, daß § 45 in Prozessen aller Art, auch Nichthandelssachen, Anwendung finden kann, soweit eben eine Partei Handelsbücher hat. Denn unbeschadet des Art. 1, der übrigens auch nicht mehr an der Spitze des neuen Handelsgesetzbuches steht, sondern in Gestalt des Art. 2 E.G.z.H.G.B. eine bescheidene, auch inhaltlich etwas veränderte Existenz führt, dürfte der Ansicht der Vorzug zu geben sein, daß die Vorschriften des H.G.B. allgemeine Giltigkeit haben, soweit sie sich nicht, wie das allerdings meistens der Fall ist, auf Handelssachen bezw. Kaufleute beschränken. Außerdem folgt aus dem Gesetz (auch schon dem alten H.G.B.) selbst, daß die Beschränkung des § 45 auf Handelssachen nicht vorhanden ist. Denn in § 47 (Art 40) kann das Gericht auch in Sachen, die unzweifelhaft keine Handelssachen sind oder zu sein brauchen, (Vermögensauseinandersetzungen, Erbteilungen u. s. w.) Vorlegung der Handelsbücher anordnen. Diese Vorlegung unterscheidet sich von der nach § 45 dadurch, daß hier die Bücher zur Kenntnisnahme vom ganzen Inhalte vorzulegen sind, während bei der Vorlegung nach § 45 von dem Inhalt nur soweit Kenntnis zu nehmen ist, als er den Streitpunkt betrifft, und der übrige Inhalt nur dem Gericht insoweit offen zu legen ist, als zur Prüfung der ordnungsmäßigen Führung erforderlich (§ 46). Bedeutete § 47 auch nach der Richtung hin, daß in Nichthandelssachen Vorlegung angeordnet werden könne, eine Erweiterung des vorhergehenden Grundsatzes, so würde das gewiß zum Ausdruck gekommen sein, etwa durch folgende Fassung: „Auch bei Vermögensauseinandersetzungen . . . kann das Gericht die Vorlegung der Handelsbücher anordnen, und zwar zur Kenntnisnahme von ihrem ganzen Inhalt.“

Für die hier vertretene Ansicht spricht schließlich, daß § 45 H.G.B. eine rein prozessuale Vorschrift enthält, die

naturgemäß nur für den Prozeß Anwendung finden kann, aber nicht eine solche des materiellen Handelsrechts.

Bei Nichtvorlegung von Handelsbüchern, deren Vorlegung auf Grund des § 45 angeordnet ist, läßt Huggenberger[8]) die Vorschriften des formellen Vorlegungsverfahrens zur Anwendung kommen, d. h. wenn die Partei, der die Vorlegung auferlegt ist, den Besitz bestreitet oder der Anordnung keine Folge leistet, so läßt er sie den Vorlegungseid des § 426 C.P.O. schwören. Diese Ansicht erscheint unhaltbar, die Folge der Nichtvorlegung ist dieselbe, wie bei § 142 C.P.O. (freie Beweiswürdigung)[9]), auch dann, wenn der Betreffende leugnet, Bücher zu besitzen, die er nach den Vorschriften des H.G.B. (§§ 38 ff.) führen müßte, natürlich mit der Maßgabe, daß die der sich weigernden Partei nachteiligen Schlüsse auch dann statthaft sind, wenn eine Pflicht zur Vorlegung an sich nicht bestände[10]). Denn § 427 C.P.O. kann aus folgenden Gründen nicht Anwendung finden: Er redet nur von dem Falle, daß auf Grund der Vorschriften der C.P.O. (§ 422 und 423) eine Vorlegungspflicht begründet und auf Antrag der Partei die Vorlegung angeordnet ist, während § 45 H.G.B. einen selbständigen prozessualen Satz enthält; die Beweisregel des § 427 C.P.O. ist vollständig auf den Fall zugeschnitten, daß eine Partei Vorlegungsantrag gestellt und entweder eine Abschrift der Urkunde beigebracht oder Behauptungen über Beschaffenheit und Inhalt derselben aufgestellt hat, sie versagt also in einem Fall der Anordnung der Vorlegung von Amts-

---

8) S. 46 f.; ebenso Staub zu § 45 Erl. 6; Struckmann-Koch § 427 Erl. 4.

9) Oben II.

10) Dies fiel bei § 142 weg, da dort die Anordnung nur erlassen werden konnte, wenn so wie so eine Pflicht zur Vorlegung nach § 423 bestanden hätte.

wegen, in welchem bestimmte Behauptungen über den Inhalt der Handelsbücher nicht aufgestellt sind.

IV. Der erwähnte § 47 H.G.B. enthält wie § 45 lediglich einen prozessualen Satz, die nach freiem Ermessen auszuübende Befugnis des Gerichts, die Vorlegung anzuordnen[11]), ohne daß die Partei einen Anspruch auf Erlaß der Anordnung hätte[12]), jedoch keineswegs einen materiellen, selbständig im Prozeß durchzusetzenden Anspruch auf Vorlegung. Daran ändert auch nichts die anscheinend abweichende Auffassung der Denkschrift zum H.G.B.[13]), die von einem in § 47 „anerkannten Anspruch auf Mitteilung der Handelsbücher" spricht, der selbständig im Wege der Klage verfolgt werden könne. Denn es ist kein Grund ersichtlich, weswegen der § 47 H.G.B. anders aufzufassen wäre als der § 45, und derartige Kautschukansprüche, die von nichts abhängen als dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters, gibt es im bürgerlichen Recht vorläufig noch nicht, trotz des herrschenden bedenklichen Zuges der Zeit, klare Begriffsbestimmungen zu vermeiden; und auch der vielangefochtene § 1568 B.G.B. hat noch gewisse Voraussetzungen für den Anspruch auf Ehescheidung[14]).

V. Eine Befugnis, die Vorlegung auch ohne Antrag anzuordnen, gewährt noch § 102 H.G.B. dem Gericht hin-

---

11) Ebenso Struckmann-Koch, Vorbem. zu §§ 428—433.

12) Die Revision wegen Nichterlasses der angeregten Anordnung ist nur begründet, wenn das Gericht sein Ermessen nicht pflichtmäßig ausgeübt, also insbesondere aus unzutreffenden Gründen die Anordnung abgelehnt hat. Die Ablehnung ist insbesondere berechtigt, wenn aus dem Antrag hervorgeht, daß sich der Antragsteller erst informieren wollte, vgl. unten § 26 Anm. 6.

13) S. 48; der Denkschrift schließt sich an Staub § 47.

14) § 47 H.G.B. gilt übrigens nicht nur im ordentlichen Civilprozeß, sondern auch in anderen unter Mitwirkung des Gerichts stattfindenden Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Vgl. Struckmann-Koch, Vorbem. zu §§ 428—433 und die das. Citierten.

sichtlich des Mäklers. Die Pflicht des Mäklers dürfte nicht als öffentlichrechtliche Pflicht aufzufassen sein, sodaß die Vorschrift nur gilt, wenn der Mäkler Partei ist[15]); denn für den Fall, daß der Mäkler nicht Partei ist, hätte das Gericht keinerlei Zwangsmittel, seiner Anordnung Nachdruck zu verleihen[16]).

VI. Eine Befugnis, selbständig die Vorlegung von Sachen (anderen als Urkunden) anzuordnen, hat das Gericht in der Anordnung des Augenscheins (§ 144 C.P.O.). Soweit derselbe auf Antrag angeordnet ist, (§ 371), besteht irgend ein tatsächlicher oder prozessualer Zwang zur Vorlegung oder Duldung des Augenscheins nicht, selbst dann nicht, wenn nach bürgerlichem Recht (§ 809 B.G.B. oder sonstigen Vorschriften) eine Pflicht zur Gestattung der Besichtigung, der Vorlegung oder Herausgabe gegeben ist; denn das Vorlegungsverfahren besteht nur bei Urkunden und kann auch nicht im Wege der Analogie auf andere Sachen ausgedehnt werden[17]). Der Ausschluß analoger Anwendung dürfte insbesondere deshalb richtig sein, weil es bedenklich erscheint, die mit dem Vorlegungsverfahren untrennbar verbundene zwingende Beweisregel des § 427 C.P.O. und den ganz singulären Fall des Vorlegungseides nach § 426[18]) auf Fälle anzuwenden, bei denen es an einer besonderen Vorschrift mangelt.

Kraft der freien Beweiswürdigung wird das Gericht auch hier die erforderlichen Schlüsse bei grundloser Weigerung der Partei zur Vorlegung und Duldung des Augenscheins ziehen, übrigens auch in Fällen, in denen eine Partei zur

---

15) Ebenso Staub (jedoch für Anwendung des § 427 C.P.O); a. M. Huggenberger S. 34.

16) So auch Rintelen § 43 S. 226.

17) Vgl. oben § 1 Anm. 2.

18) Siehe unten § 35.

Gestattung der Besichtigung nach bürgerlichem Recht nicht verpflichtet gewesen wäre[19]).

Um einen Dritten zur Vorlegung einer Sache zu zwingen, hat die C.P.O. gleichfalls nicht Vorschriften gegeben, wie in §§ 428 ff.; es bleibt daher nur der beweisführenden Partei übrig, gemäß § 356 die Bestimmung einer Frist zu beantragen, innerhalb deren sie den Prozeß gegen den Dritten — eventl. auch den Gegner — führen kann; die Pflicht des Dritten zur Vorlegung einer Sache wird hier aber durch den schwebenden Prozeß in keiner Weise beeinflußt und geht nicht stets auf Vorlegung vor das Prozeßgericht[20]), sondern richtet sich lediglich nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts.

---

2. Kapitel.

Der prozessuale Vorlegungsanspruch.

§ 24.

Der Inhaber des prozessualen Anspruchs, Antragsteller, Gegner und Dritter.

Nachdem wir bisher die Gründe der Vorlegungspflicht im Prozeß erörtert haben, haben wir den Inhalt dieser Pflicht selbst zu untersuchen, und zwar sowohl die des Gegners wie die des Dritten.

---

19) z. B. der Beklagte will den Augenschein auf seinem Gut nicht dulden, auf dem der Kläger überfahren worden ist; vgl. oben zu Anm. 10.

20) Es gibt also keinen prozessualen Vorlegungsanspruch hinsichtlich gewöhnlicher Sachen; siehe unten § 25 IV; vgl. auch unten §§ 28 VII, 40 II.

I. Nach § 422 und 423 C.P.O. ist der Gegner dem Beweisführer zur Urkundenvorlegung im Prozeß verpflichtet, wenn er ihm nach bürgerlichem Recht zur Herausgabe oder Vorlegung verpflichtet ist oder zur Beweisführung Bezug genommen hat, und nach § 429 der Dritte aus denselben Gründen, wie der Gegner des Beweisführers. Da Beweisführer jeder sein kann, der im Prozeß prozessuale Handlungen vornehmen kann, also die Partei, ihre Streitgenossen und Nebenintervenienten, so können alle diese Personen auch einen Vorlegungsantrag stellen, sofern sie nach § 422 f. einen Vorlegungsanspruch haben. Gegner ist[1]), wer dem Beweisführer (oder, wenn dieser Nebenintervenient ist, der von ihm unterstützten Partei) als Partei gegenübersteht[2]). Dritter ist vom Standpunkt des Beweisführers jeder, der nicht Gegner ist, also sowohl die eigenen Nebenintervenienten als die des Gegners[3]), die eigenen Streitgenossen und vom Standpunkt des Nebenintervenienten auch die unterstützte Partei[4]).

„Gegner" kann nur die Partei sein, nicht ihr gesetzlicher Vertreter. Daraus, daß nach § 426,3 der gesetzliche Vertreter den Vorlegungseid für die vertretene prozeßunfähige Partei in demselben Umfang, wie jeden anderen Eid, zu leisten hat, folgt nicht, daß er Gegner ist, wie Schlieckmann S. 8 ff. annimmt. Der gesetzliche Vertreter als solcher ist vielmehr ebenso wie jeder andere Vertreter stets Dritter[5]). Der Umstand, daß er die Urkunde für den Vertretenen in dessen ausschließlichem Interesse besitzt, bewirkt nicht, daß er Gegner

1) Schlieckmann S. 2 ff.

2) Also alle Streitgenossen auf Seiten der Gegenpartei.

3) Mit Ausnahme des streitgenössischen Nebenintervenienten auf Seiten der Gegenpartei, der deren Streitgenosse ist (§ 69 C.P.O.); vgl. auch oben § 22 III.

4) Siehe jedoch unten IV.

5) Ungenau auch Gaupp=Stein § 421 II.

ist, sondern nur, daß infolgedessen die Urkunde sich in den Händen der Partei und damit des Gegners befindet. Wer gesetzlicher Vertreter einer Partei ist, und daher den Vorlegungseid zu leisten hat, bestimmt sich lediglich nach den allgemeinen Vorschriften. Die Fragestellung kann daher im folgenden nur die sein, ob eine in den Händen einer anderen, der Partei nahestehenden Person befindliche Urkunde diese Person im eigenen Namen besitzt, sodaß sich die Urkunde nicht bei der Partei, sondern bei einem Dritten, befindet, oder ob sie sie im Namen der Partei besitzt, sodaß sie sich nicht bei einem „Dritten", sondern bei der Partei selbst d. h. beim „Gegner" befindet[6]. Ein Vorlegungsantrag kann stets auch nur aus dem Rechte der Partei, nicht ihres Vertreters begründet werden[7].

II. Besitzt der gesetzliche Vertreter der prozeßunfähigen Partei, dem nach § 53 für den Rechtsstreit der Pfleger der prozeßfähigen Partei gleichsteht, im Namen seiner Partei, so ist also die Urkunde in den Händen des Gegners, andernfalls, sofern er die Urkunde für sich besitzt, in den Händen des Dritten[8]. Dasselbe wie vom gesetzlichen Vertreter gilt von dem Testamentsvollstrecker, Liquidator der offenen Handelsgesellschaft, Konkursverwalter, Treuhänder und ähnlichen Verhältnissen. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft sind die im Gesamtgut befindlichen Urkunden vom Standpunkt der Ehefrau oder ihres Gegners im Besitz des Ehemanns d. h. eines Dritten, da die

---

6) Vgl. auch unten § 31 V und VI.

7) So auch Schlieckmann S. 16.

8) Vgl. ausführlicher, jedoch ungenau bei Schlieckmann S. 7 ff. Der gesetzliche Vertreter, der im eigenen Namen besitzt, könnte daher mit gutem Gewissen den Vorlegungseid für den Vertretenen schwören, daß er die Urkunde nicht besitze, doch müßte er, vermöge des dritten Teiles des Vorlegungseides, angeben, daß sie sich bei ihm befinde.

Ehefrau keinerlei Recht der Verwaltung oder Verfügung hat (B.G.B. §§ 1443, 1519, 1549); das Entsprechende gilt bezügl. der Kinder bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (B.G.B. § 1487). Bei der offenen Handelsgesellschaft sind die nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossenen Gesellschafter ihre gesetzlichen Vertreter (H.G.B. § 125), die daher den Vorlegungseid sämtlich zu leisten haben (§ 426,2, 474 C.P.O.); sofern die Gesellschafter nicht mitverklagt sind, sondern die Gesellschaft allein verklagt ist, (§ 124 H.G.B.), sind alle Gesellschafter, auch die Geschäftsführenden, sofern sie nicht für die Gesellschaft besitzen, nur Dritte; sind die einzelnen Gesellschafter als Gesamtschuldner mitverklagt, dann sind sie natürlich sämtlich Gegner, ohne daß ein Unterschied bezügl. der geschäftsführenden und ausgeschlossenen besteht[9]).

III. Bezüglich des Verhältnisses von Gemeinschuldner und Konkursverwalter sei noch bemerkt, daß der Gemeinschuldner in Prozessen, zu deren Führung er legitimiert ist (familienrechtliche Prozesse oder solche über konkursfreies Vermögen), nicht einen Anspruch auf Vorlegung zur Masse gehöriger Urkunden gegen den Verwalter als Dritten erheben kann, es sei denn, daß es sich um Urkunden handelt, die nach Konkurseröffnung über Geschäfte des Gemeinschuldners mit der Masse errichtet sind (etwa ein Engagement des Gemeinschuldners behufs Unterstützung bei Verwertung der Masse, § 59 Nr. 1 K.O.); denn es ist begrifflich ausgeschlossen, daß der Gemeinschuldner gegen den Konkursverwalter, der, wie man seine Stellung auch auffaßt, hinsichtlich des Massevermögens an seiner Stelle allein verfügungsberechtigt ist, in Ansehung dieses Vermögens einen Anspruch erhebt. Wohl aber kann der Gemeinschuldner dem Verwalter gegenüber Dritter sein, wenn der Verwalter einen Prozeß führt, in dem

---

9) Ungenau Schlieckmann S. 11.

er gegen den Gemeinschuldner einen Vorlegungsanspruch erhebt hinsichtlich solcher konkursfreier Urkunden, die ihm überlassen sind. In einem Prozeß des Konkursverwalters mit dem Gemeinschuldner — auch etwa auf Grund eines Engagements — kann der Gemeinschuldner gleichfalls nur in demselben Umfang Vorlegungsansprüche erheben, wie gegen den Konkursverwalter als Dritten, oder dann, wenn der Verwalter Bezug genommen hat (§ 423). Es kann jedoch vom Standpunkt einer Partei der Gemeinschuldner, wenn sie mit dem Konkursverwalter, der Konkursverwalter, wenn sie mit dem Gemeinschuldner (etwa über konkursfreies Vermögen) prozessiert, Dritter sein, nämlich dann, wenn sich die Urkunde im konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners bezw. in der Konkursmasse befindet, da im ersten Fall nur der Gemeinschuldner, im zweiten nur der Konkursverwalter über die Urkunde verfügungsberechtigt ist.

IV. Der Nebenintervenient kann, da er als Gehilfe der unterstützten Partei „kraft eigenen Rechts und im eigenen Namen[10])" handelt und Beweisführer sein kann, Vorlegungsanträge nicht nur auf Grund der Privatrechtsansprüche seiner Partei, sondern auch auf Grund eigenen Rechts stellen, beides aber nur, soweit die Partei nicht widerspricht. Dies folgt daraus, daß es sich bei dem Vorlegungsantrag nur um eine prozessuale Handlung und eine prozessuale Verpflichtung des Gegners handelt, bei deren Begründung mit bürgerlichem Rechtsanspruch es sich nicht um den in lite befindlichen materiellen Anspruch dreht, über den der Nebenintervenient allerdings nicht verfügen dürfte, so daß der Heranziehung der bürgerlichen Rechte des Nebenintervenienten nichts im Wege steht[11]). Die entgegengesetzte Meinung würde dazu führen, daß der unter-

10) Gaupp-Stein § 67 I.

11) So auch Wach, Hdb. I, 643 und die Kommentare. A. M. Schlieckmann S. 18.

stützten Partei die Beweismittel verloren gingen, die dem Nebenintervenienten zu Gebote stehen.

Natürlich kann der Intervenient keinen Vorlegungsantrag aus dem Rechte des Intervenienten stellen, da der Beweisführer den Antrag aus eigenem Rechte stellen muß und zwar der Intervenient die prozessualen Mittel der unterstützten Partei verwerten darf, aber diese nicht die des Intervenienten, weil der Intervenient nicht ihren Zwecken dienstbar ist und nicht von ihr zur Aktivität gezwungen werden kann.

Die unterstützte Partei ist für den Nebenintervenienten zwar Dritter, doch kann er gegen sie keinen Vorlegungsantrag (auch nicht auf Grund des § 423) stellen, da er nichts gegen ihren Widerspruch, geschweige denn etwas Feindliches gegen sie im Rahmen des Prozesses unternehmen darf. Es steht aber nichts dem im Wege, daß er, wenn die unterstützte Partei eine Urkunde nicht vorlegen will, auf deren Herausgabe[12]) er einen civilrechtlichen Anspruch hat, oder im gleichen Fall einem Vorlegungsantrag des Intervenienten gegen den Gegner widersprochen hat, in einem besonderen von dem schwebenden Rechtsstreit ganz unabhängigen Prozeß gegen die unterstützte Partei bezw. den Gegner auf Herausgabe klagt.

V. Da Streitgenossen, gewöhnliche wie notwendige, im Verhältnis zu einander Dritte und von einander unabhängig sind, so kann keiner einen Antrag aus dem Rechte des andern stellen.

§ 25.

Prozessuale und civilistische Pflicht.

I. Die Civilprozeßordnung läßt für die Vorlegungspflicht des Gegners im Prozeß entscheidend sein die Vorschriften des

12) Ein civilrechtlicher Anspruch nur auf Vorlegung würde ihm nichts nützen, vgl. unten § 27 I.

bürgerlichen Rechts in § 422, den prozessualen Akt der Bezugnahme in § 423 und verpflichtet den Dritten aus denselben Gründen, daß ihm gegenüber der Beweisführer einen Anspruch nach bürgerlichem Recht hat, oder daß er, der Dritte, an dem Prozesse teilgenommen und Bezug genommen hat [1]) [2]).

Die Vorlegungspflicht ist daher nicht mehr als allgemeine Untertanenpflicht nach Art der Zeugenpflicht geregelt, wie das die — unglossierte — c. 22 de fide instrum. (4, 21) hinsichtlich des Dritten, die A.G.O. hinsichtlich des Gegners und des Dritten [3]) bestimmte. Die Analogie der Zeugenpflicht ging in derartigen Kodifikationen so weit, daß die Gründe, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten, auch von der Vorlegungspflicht entbanden [4]). Es besteht auch kein Unterschied in der Vorlegungspflicht des Klägers und des Beklagten mehr, insbesondere nicht mehr der aus den Digesten — es mag dahin gestellt bleiben, ob mit vollem Recht —

---

1) So die Meinung sämtlicher Schriftsteller; a. M. nur Schlieckmann; darüber unten § 40 III.

2) Neuerdings unterscheidet wieder die österr. C.P.O. vom 1. Aug. 1895 hinsichtlich des Umfangs der Gründe, die den Gegner und die den Dritten verpflichten, und hat die Gründe hinsichtlich des Gegners sehr erweitert. (§ 304 entspricht unserem jetzigen § 423 und alten § 388; in § 305 sind alle erheblichen Urkunden für vorlegungspflichtig erklärt, sofern nicht besondere Gründe — Gegenstände des Familienlebens, Schande für sich oder Dritte u. dergl. — entgegenstehen. Der Dritte ist hingegen nach § 308 nur verpflichtet, wenn er nach bürgerl. Rechte verpflichtet oder wenn die Urkunde für den Beweisführer und ihn — nicht etwa den Gegner — gemeinschaftlich ist; der Grund der Bezugnahme ist bei ihm nicht aufgenommen.) Der Standpunkt der deutschen C.P.O. erscheint richtiger; vgl. Apt S. 71 ff.).

3) Allerdings hatte die A.G.O. weder hinsichtlich des Gegners noch des Dritten, der die Edition verweigerte, öffentliche Strafe und überließ es der Partei, gegen den widerspenstigen Dritten zu klagen (I 10 § 100 f.).

4) Vgl. auch Kohler § 1 S. 381.

übernommene und in der gemeinrechtlichen Rechtsprechung [5]) konstant aufrecht erhaltene Satz, daß der Kläger dem Beklagten die zu seiner Verteidigung dienenden Urkunden edieren müsse (actor debet edere) [6]). Schließlich besteht auch nicht mehr in dem Umfange der zur Vorlegung verpflichtenden Gründe, abgesehen von dem Grunde der Bezugnahme (§ 423), ein Unterschied zwischen bürgerlichem- und Prozeßrecht, da der § 422 auf das bürgerliche Recht verweist. Noch im § 387 C.P.O. a. F. war dieser Unterschied vorhanden, wie bereits oben S. 5 erörtert.

II. Hiernach könnte man auf den Gedanken kommen, daß die Vorlegungspflicht der C.P.O., soweit sie auf das bürgerliche Recht verweist, insbesondere die des Dritten (§ 429), für dessen Nötigung nicht einmal ein besonderes Verfahren vorgesehen, sondern eine gewöhnliche Klage erforderlich ist, ganz identisch ist mit der des bürgerlichen Rechts, und daß sich die entsprechenden Normen der C.P.O. erübrigten [7]). Es hat auch bereits unter der Herrschaft der alten C.P.O. nicht an Stimmen gefehlt, die für den rein materiellrechtlichen Chrakter der Vorlegungspflicht entschieden eintraten, teilweise nur platonisch, ohne besondere Folgerungen ihrer Anschauung zu ziehen [8]), teilweise, indem sie sogar behaupteten, daß durch § 387 Nr. 2 allgemein der selbständig geltend zu machende materiellrechtliche Vor-

---

5) z. B. S.A. XV Nr. 258.

6) Für den gemeinen Prozeß sind außerdem (siehe Wetzell 3. Aufl. 1878, § 24 S. 249 f.) zur Edition verpflichtet Argentarier und Kaufleute jedem gegenüber, der sein Interesse durch einen Kalumnieneid bescheinigt, und der beklagte Gegner des Fiskus hinsichtlich der den Fiskus wegen des Klagebeweises interessierenden Urkunden. Bei materiellem Grund zur Edition besondere präparatorische Klage, bis zu deren Entscheidung das Hauptverfahren nötigenfalls suspendiert wurde (§ 64 zu Anm. 39 S. 863).

7) Das meint auch Apt S. 70.

8) So Apt S. 46 ff.

legungsanspruch auf Grund der Gemeinschaftlichkeit anerkannt sei[9]), obgleich § 387 Nr. 2 doch nur von Vorlegung für den Fall eines anhängigen Prozesses sprach[10]). Auch die Auffassung Goldschmidts[11]), daß die C.P.O. in § 394 (jetzt 429) die Editionsklage für das ganze Reich regeln wollte, und zwar sowohl für den Fall, daß die Klage „präparatorischer selbständiger Editionsstreit" als auch daß sie „die durch einen schwebenden Hauptprozeß veranlaßte Editionsklage" war, beruht theoretisch auf einer Vermengung von prozessualen und materiellen Gesichtspunkten[12]) und zieht praktisch keine Folgerungen, indem sie die selbständige Klage gegen den Dritten auf Grund der Gemeinschaftlichkeit „außerhalb des Prozesses" versagt und den ganz selbstverständlichen Satz ausspricht, daß überall im Reich auf Grund des partikularen Civilrechts auf Vorlegung geklagt werden konnte, was nicht erst in der C.P.O. zu stehen brauchte.

III. Demgegenüber kann nicht scharf genug der prozessuale Charakter der Vorlegungspflicht im Prozeß nicht nur für das frühere, sondern auch für das geltende Recht betont werden[13]).

Als ein Rückfall in materiellrechtliche Anschauungen muß es insbesondere angesehen werden, wenn die Bestimmung über den Ort für die Vorlegung seitens des Dritten (nicht des Gegners) nicht in der C.P.O., sondern im bürgerlichen Recht gesucht wird und im Falle, daß der Dritte auf Grund des

9) So Kohler § 13 S. 409 f.

10) Was R.G. XII S. 412 ff. mit Recht energisch betonte.

11) Z. f. H.R. Bd. XXIX S. 358; vgl. auch dazu Apt S. 63 f.

12) Sollte etwa unabhängig von einem schwebenden Prozeß auf Grund der Vorschriften des bürgerl. Rechts Vorlegung vor das Prozeßgericht verlangt werden?

13) So auch Gaupp-Stein § 422 I, § 429 I; hinsichtlich des Dritten betont den prozessualen Charakter R.G. XII S. 412 ff.; für scharfe Trennung auch Unger, Ihering's Jahrb. Bd. XXXIII S. 317.

§ 810 B.G.B. vorzulegen hat, gemäß § 811 B.G.B. als Leistungsort an sich der Ort angesehen wird, wo sich die Urkunde befindet, und nur das Schweben des Hauptprozesses als wichtiger Grund im Sinne des § 811 aufgefaßt wird, der die Vorlegung vor das Prozeßgericht rechtfertige[14]).

Für eine derartige Unterscheidung des Gegners und des Dritten ist im Gesetz absolut kein Raum vorhanden, sondern Gegner und Dritter werden in Grund, Art und Umfang ihrer Pflicht durchaus gleich behandelt (§ 429), und was dem einen recht ist, ist dem anderen billig, und beide müssen vor das Prozeßgericht nach der C.P.O. vorlegen. Verschieden ist lediglich das Verfahren.

Als Grund der Verpflichtung wird erfordert entweder eine Verpflichtung des bürgerlichen Rechts (§ 422) oder der prozessuale Akt der Bezugnahme. Der erste Grund gehört dem bürgerlichen Recht an, der zweite ist rein prozeßrechtlich, denn er kann überhaupt nur in einem Prozeß vorkommen. Aber trotz des verschiedenen Grundes ist Art, Umfang, Zweck und Inhalt der Verpflichtung selbst durchaus gleich, so daß es nicht gerechtfertigt ist, wenn Kohler[15]) die Editionspflicht des § 422 von der des § 423 unterscheidet, welch letztere überhaupt keine Editionspflicht sei, sondern nur eine prozessuale

---

14) So Struckmann-Koch zu § 429; Seuffert zu § 422 in Anm. 4 ad a und b, Wilmowski-Levy zu § 394 a. F. und Huggenberger S. 49 lassen den Dritten stets nur an dem Leistungsort seiner civilrechtlichen Verpflichtung vorlegen. Die im Text vertretene Auffassung hat besonders Gaupp-Stein a. a. O.; auch Planck zu § 811 B.G.B. ist für Vorlegung am Orte des Prozeßgerichts („die Bestimmungen der C.P.O., soweit sie davon ausgehen, daß bei einer Vorlegung im Prozeß die Vorlegung am Gerichtsorte zu erfolgen hat, bleiben unberührt“).

15) Prozeß als Rechtsverh. S. 69 f. Auch Engelmann, Der deutsche Civilprozeß S. 279 unterscheidet zwischen civilr. (§ 422) und prozeßr. (§ 423) Editionspflicht.

Situation hervorrufe[16]). Es ist auch von Apt (S. 51 f.) ganz verfehlt, deshalb, weil der Grund der Gemeinschaftlichkeit in § 387 Nr. 2 C.P.O. (jetzt überhaupt die Gründe des § 422) ein „durchaus civilistischer" sei, diese Vorlegungspflicht überhaupt als ihrem innersten Wesen und ihrem Rechtsinhalte nach civilistisch anzusprechen. Der Charakter einer Pflicht richtet sich allerdings nach ihrem Inhalt, aber der Inhalt richtet sich nicht nur nach dem Grunde, insbesondere nicht nach nur einem Grunde, und nicht nur nach der verlangten Leistung als solcher, sondern nach Grund und Leistung zusammen, wobei auch der auf die Verletzung der Pflicht gesetzte Rechtsnachteil von Bedeutung sein kann, aber nicht zu sein braucht. Die Leistung als solche oder der Grund als solcher kann aber keinen durchaus civilistischen Charakter haben[17]). Das Recht, 100 M. zu fordern, ist ein privatrechtliches, wenn es ein Privatmann aus einem Schuldschein geltend macht, und wenn es der Staat geltend macht, ist es gewöhnlich „Steuer" d. h. öffentlichrechtlich, und aus der Tatsache, daß man ein Deutscher ist, die an sich etwas „Oeffentlichrechtliches" zu sein scheint, kann das öffentliche Recht folgen, zum Reichstag zu wählen, oder das privatrechtliche, ein Erbrecht geltend zu

16) Da Kohler überhaupt nicht prozessuale Pflichten der Parteien kennt, sondern nur Präklusion von Verteidigungsrechten, so zeigt sich eben darin, daß er die Pflicht des § 422 als wirkliche Vorlegungspflicht anerkennt, auch seine rein materiellrechtliche Auffassung derselben. Auf welchem Standpunkt man im übrigen hinsichtlich des Vorhandenseins von wirklichen Parteipflichten steht, ist gleichgiltig. Die Vorlegungspflicht dürfte jedenfalls auch bezüglich des Gegners eine wirkliche Pflicht sein, da die C.P.O. diesen Ausdruck (§ 422 f., § 424 Nr. 5) gebraucht und auf ihre Erfüllung mit einer gewissen Schärfe hinwirkt; doch hat auch das nur terminologische Bedeutung.

17) Apt ignoriert überdies vom Standpunkt der alten C.P.O. vollkommen die Tatsache, daß die Gemeinschaftlichkeit ein in ganz Deutschland anerkannter civilistischer Vorlegungsgrund einfach nicht war.

machen, das einem als Ausländer nicht zustände (Art. 25 E.G. z. B.G.B.).

IV. Die Vorlegungspflicht im Prozeß ist aber prozessual, denn sie hat nur Bedeutung und Beziehung im Hinblick auf die durch einen Civilprozeß hervorgerufenen Verhältnisse; sie wird ausgelöst (auch im Falle des § 422) durch das Bestehen nicht nur eines bürgerlichen Rechtsanspruchs, sondern eines Prozesses, und sie geht nicht wie sonst auf Vorlegung an den Vorlegungssucher persönlich, sondern auf Vorlegung an das zur Annahme der Vorlegung bereite Gericht und erhält hierdurch, wie noch zu erörtern ist, eine ganz fundamentale Veränderung ihres Inhalts [18]). Ohne prozessuales Handeln kann die Vorlegungspflicht nicht entstehen, sie ist daher prozessual, wie die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides (§§ 807, 883). Die Bezugnahme auf das bürgerliche Recht in § 422 spricht aber ebensowenig für den materiellrechtlichen Charakter der Pflicht, wie das Stehen eines Satzes in der C.P.O. für den prozessualen Charakter ausschlaggebend ist; so finden sich die materiellrechtlichen Sätze über die Aktivlegitimation beim Aufgebotsverfahren meist in der C.P.O. geregelt, z. B. §§ 979, 982. Die Pflicht ist daher stets prozessual, wie die Zeugenpflicht stets prozessual bleiben würde, auch wenn eine Prozeßordnung den — rechtspolitisch natürlich unmöglichen — Standpunkt einnehmen wollte, nur denjenigen zur Ablegung des Zeugnisses zu verpflichten, der sich privatrechtlich der Partei gegenüber verpflichtet hat, vor Gericht auszusagen. Die Vorlegungspflicht, bei der es sich um eine Pflicht gegenüber dem Beweisführer handelt, ist aber nicht öffentlichrechtlich wie unsere Zeugenpflicht [19]), die eine Pflicht

18) Vgl. unten § 26.

19) Das öffentlichrechtliche Moment bei der Zeugenpflicht zeigt sich insbesondere bei der auf ihre Verletzung gesetzten Strafe, vgl. oben III. Soweit Prozeßordnungen auf den Ungehorsam des Vorlegungspflichtigen

gegen den Staat ist; denn wenn auch die C.P.O. öffentliches Recht enthält, so sind doch die prozessualen Pflichten, den durch das Urteil festgestellten Anspruch zu erfüllen oder den Offenbarungseid zu leisten, nicht eigentlich öffentlichrechtlich, sondern öffentlichrechtlich ist nur die Pflicht der Partei, die staatlichen Zwangsmittel, auf deren Anwendung der Gegner den Rechtsschutzanspruch hat, dessen Ausübung aber in sein Belieben gestellt ist, zu dulden. Die Verkennung des letzteren Unterschiedes ist der Grund zu einigen unzutreffenden Bemerkungen in den Vorarbeiten, die zwar unverbindlich sind, aber bei ihrem großen Einfluß die Verwirrung der Begriffe befördert haben. Die Hannöverschen Protokolle, als die Kommission zunächst den § 368 des Referentenentwurfs, in dem der Dritte gleich einem Zeugen behandelt wurde, fallen ließ, die Begründung zum revidierten Entwurf S. 342 zu § 375 d. E. II sowie die Motive S. 268 sagen von der Pflicht des Dritten, sie sei privatrechtlich; aber abgesehen davon, daß sie Vorlegungsgrund und Vorlegungspflicht nicht trennen, wollen sie damit wohl namentlich nur den Gegensatz zur Behandlung des Dritten als Zeugen betonen und hervorheben, daß eine besondere Klage gegen den Dritten erforderlich sei. Sie übersehen aber dabei wieder, daß die Behandlung des Dritten als Zeugen sich nicht so sehr darin zeigt, ob er zum Hauptverfahren ohne besondere Klage zugezogen wird, als darin, ob er ohne einen besonderen Verpflichtungsgrund einfach, weil der staatlichen Gerichtsbarkeit unterworfen, zur Vorlegung gezwungen und im Fall der Weigerung mit öffentlicher Ordnungsstrafe bedroht wird; auch nach der österr. C.P.O. § 308 wird der Dritte zur Tagsatzung geladen, aber nicht gleich einem Zeugen, denn er ist nur aus den Gründen des § 308 (oben Anm. 2)

(der Partei oder des Dritten) von Amtswegen Strafe oder Zwangsmittel eintreten ließen (vgl. z. B. Corpus iuris Fridericianum I 10 § 39), war in ihnen die prozessuale Vorlegungspflicht auch öffentlichrechtlich.

verpflichtet, so daß auch dort seine Pflicht keine Zeugenpflicht ist.

V. Wenn Apt S. 68 schließlich meint, daß seine Ansicht, die Vorlegungspflicht der §§ 387, 394 (422, 429) habe einen durchaus civilistischen Charakter, „nicht glänzender gerechtfertigt werden könne" als durch § 775 E. I des B.G.B., so ist das gerade Gegenteil der Fall. Wenn § 775 (s. o. § 3 II) für die Vorlegungspflicht nach bürgerlichem Recht auf die Vorschriften der C.P.O. verwies, so erkannte der Entwurf zwar damit an, daß er die Gemeinschaftlichkeit de lege ferenda als wünschenswerten Verpflichtungsgrund ansehe, er betonte aber gleichzeitig auf das schärfste, daß er die bis dahin in Grund und Inhalt rein prozessuale Verpflichtung zur civilistischen erhebe, und jetzt betont die C.P.O. in § 422 und 429 nicht minder scharf und nicht überflüssig, daß sie die an sich in Grund und Inhalt rein civilistische Pflicht auch zur prozessualen mache.

Darum ist auch nicht § 429 überflüssig, da er nicht, wie Neukamp[20]) meint, nur den selbstverständlichen Satz ausspricht, daß gegen den Dritten ein besonderer Prozeß notwendig sei. Denn da der Gesetzgeber im allgemeinen nichts überflüssiges sagt, so war es nicht nötig, den § 429, wie er vielleicht etwas deutlicher, aber nicht schöner gelautet hätte, im ersten Halbsatz so zu fassen: „Der Dritte, der nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder des § 423 zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet ist, muß diese Vorlegung vor das Prozeßgericht oder im Falle des § 434 vor einen beauftragten oder ersuchten Richter bewirken." Er enthält aber gleichwohl diesen Satz, der sich aus civilistischen Grundsätzen nicht ergibt.

---

20) C.P.O. § 422, 2a. Damit leugnet Neukamp auch den prozessualen Charakter des § 429.

§ 26.
Unterschiede des prozessualen und materiellen Vorlegungsanspruchs.

Der prozessualen, von der materiellen zu scheidenden Vorlegungspflicht entspricht naturgemäß ein prozessualer Vorlegungsanspruch. Diesen von dem materiellen zu scheiden, hat nicht nur theoretische Bedeutung, sondern auch praktische, da er ganz andere Eigenschaften hat [1]).

I. Der materielle Anspruch aus § 810 B.G.B. geht auf Vorlegung nur vor den Vorlegungssucher, und zwar nur zu dem Zwecke der eigenen Information (oben § 5 I). Dritte, denen Einsicht gleichzeitig u. U. gestattet werden muß, können nur die Bedeutung von Gehilfen, sachverständigen Bücherrevisoren und dergl. haben (oben § 5 III), dürfen jedoch nicht ein eigenes Interesse an der Einsicht verfolgen. Der materielle Anspruch kann daher nicht dazu dienen, um Dritte zu überzeugen, gegen Dritte einen außergerichtlichen Beweis zu liefern, da ja Dritte nicht einsehen dürfen [2]). Der materielle Vorlegungsanspruch versagt also, wenn D dem Cessionar C aus den Geschäftsbüchern des Cedenten G beweisen wollte, daß die Forderung zum Teil schon bezahlt sei, und auch

---

1) Wenn § 387 Nr. 1 a. F. sagte, daß der Gegner zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet sei, „wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerl. Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung *auch außerhalb des Prozesses* verlangen kann“, so sollte damit nicht ausgesprochen sein, daß die Vorlegung im Prozeß inhaltlich identisch sei mit einer auf Grund des bürgerlichen Rechts außerhalb des Prozesses erfolgenden, sondern nur zum Ausdruck gebracht werden, daß der Vorlegungsgrund der Nr. 2 (der Gemeinschaftlichkeit) nur innerhalb, nicht aber „auch außerhalb des Prozesses“ Platz greife.

2) Wenn der Vorlegungssucher eine begl. Abschrift genommen hat, was zu gestatten der Urkundeninhaber nicht verpflichtet ist (oben § 5 I), dann beweist eben die Abschrift, nicht die Urkunde selbst.

ein sog. präparatorischer Prozeß auf Vorlegung gegen den zukünftigen Gegner oder Dritte hätte gar keine Bedeutung für die Verwendung der Urkunde im künftigen Prozeß, da sie dort auf Grund des materiellen Anspruchs doch nicht als Beweismittel verwendbar wäre, sondern nur zur besseren Vorbereitung des Vorlegungssuchers selbst dienen könnte. Die meisten anderen Einsichtsrechte dienen auch nur dem Zwecke persönlicher Information. Besonders scharf tritt der Charakter des streng Persönlichen bei den Gesellschaftsverhältnissen hervor (B.G.B. § 716, H.G.B. §§ 118, 166, 1), in denen das Recht weder der Uebertragung noch der Ausübung durch gewillkürte Vertreter fähig ist[3]), auch nicht den Singularsuccessoren des gewesenen Gesellschafters zusteht[4]).

Im Prozeß kommt aber die Urkunde nicht in ihrer Eigenschaft als Informationsmittel, sondern als Beweismittel in Betracht[5]), und die Urkundeninhaber (Inhaber der Handelsgesellschaft) können weder als Gegner noch als Dritte, auf den vertraulichen Charakter pochend, die Vorlegung verweigern, sondern müssen ihre Urkunden nicht nur dem uninteressierten, zur Geheimhaltung verpflichteten Gericht, sondern, wenn sie Dritte sind, auch noch dem Gegner des Vorlegungssuchers vorlegen, der keinerlei Geheimhaltungspflicht hat.

Der prozessuale Vorlegungsanspruch verfolgt daher nicht den Informations-, sondern den Beweiszweck. Seiner Natur nach wendet sich die prozessuale Vorlegung gerade nicht an den Beweisführer, sondern an andere Personen, die sonst niemals einsehen dürften. Der im Prozeß auftauchende Vorlegungsanspruch unterscheidet sich von dem materiellen ebenso,

3) Also noch persönlicher wie bei § 810 B.G.B. vgl. oben § 5 III.

4) So bezügl. der offenen Handelsgesellschaft Lastig in Endemanns Handb. d. Handelsrechts I S. 371, 425.

5) So auch Kloeppel bei Gruch. Bd. XXXVII S. 448 bei Besprechung des Apt'schen Buches.

wie der materiellrechtliche Offenbarungseid (B.G.B. § 259 f.) von dem prozessualen des § 883 C.P.O. Natürlich nimmt er weder den Charakter des Informationszwecks an noch legt er den des Beweiszwecks ab, wenn die Partei, wie es nicht selten vorkommt, Behauptungen ins Blaue hinein aufstellt und mitunter selbst erst durch die Urkunde informiert wird, wobei sie höchst erstaunt ist, wenn ihre Behauptung durch die Urkunde bestätigt wird. Der prozessuale Vorlegungsanspruch tritt eben unter der Maske der Behauptung auf und mit der Prätension, diese beweisen zu wollen. Darum ist es auch nicht angängig, Vorlegungen zum Zwecke der Information zu verlangen, da für den Vorlegungsantrag bestimmte Behauptungen über den Inhalt der Urkunde und die zu beweisenden Tatsachen erfordert werden (§ 424 Nr. 2. u. 3.); und darum darf das Gericht auch z. B. die Vorlegung von Handelsbüchern dann ablehnen, wenn nur Informationszwecke verfolgt werden[6]).

II. Der prozessuale Vorlegungsanspruch wirkt überhaupt nivellierend, indem Vorlegungsansprüche, die an sich im Umfang und Intensität verschieden sind (wie z. B. § 118 und 166 H.G.B.) im Prozeß ganz gleichartig auftreten, wenn nur auf Grund des Anspruchs überhaupt die Vorlegung bestimmter Urkunden gefordert werden kann.

Durch die Ausübung des prozessualen Anspruchs wird auch gar nicht der materielle ausgeübt und insbesondere nicht konsumiert; wenn auch nach materiellem Recht der Vorlegungsanspruch nur einmal ausgeübt werden dürfte, so gilt die auf Grund des materiellen Anspruchs begehrte Vorlegung im Prozeß keineswegs als Ausübung. Ist andrerseits der materielle Anspruch durch Gebrauchmachung (Leistung) bereits untergegangen, dann kann er auch nicht mehr als prozessualer

6) Vgl. oben § 23 Anm. 13, R.G. 5. März 1892, J. W. 180; 14. Nov. 1896, J. W. 699 Nr. 34; 9. Febr. 1900, J. W. 274.

geltend gemacht werden, denn dann besteht kein bürgerliches Recht mehr. Ist auf Grund des bürgerlichen Rechts ein prozessualer Anspruch einmal entstanden, dann ist dies ein selbständiger Anspruch, der durch die ferneren Schicksale des materiellen Rechts nicht mehr beeinflußt wird. Der prozessuale Anspruch bleibt daher bestehen, auch wenn das materielle Recht demnächst durch Zahlung, Erlaß oder sonstwie erlischt.

III. Es kann ferner u. U. etwas anderes im Umfang verlangt werden, als nach bürgerlichem Recht verlangt werden könnte.

Aus einer Alternativobligation (§ 262 B.G.B.) mit Wahlrecht des Gläubigers könnte dieser endgiltig nur eine der geschuldeten Urkunden herausverlangen. Im Prozeß kann er aber Vorlegung aller Urkunden, soweit sie beweiserheblich sind, verlangen, da er nach bürgerlichem Recht, solange er sein Wahlrecht noch nicht ausgeübt hat, Herausgabe jeder einzelnen verlangen könnte (vgl. oben § 21 I). Hat er von mehreren Urkunden die Vorlegung einer verlangt, so gilt das selbstverständlich nach dem Gesagten nicht als Ausübung der nach § 263 B.G.B. unwiderruflichen Wahl. Ebenso kann bei den Ansprüchen auf Rechnungslegung, bei denen an sich der Gläubiger den Ansprnch nur im Ganzen geltend machen dürfte und nicht ein Recht auf Vorlegung einzelner Urkunden hat, doch der Beweisführer im Prozeß die einzelnen beweiserheblichen Urkunden herausgreifen, wenn sie nur bei dem Anspruch in seiner Totalität inbegriffen sind. Es wird aber andrerseits erfordert, daß der Beweisführer außerhalb des Prozesses Vorlegung oder Herausgabe an sich selbst verlangen könnte[7]). Es genügt daher nicht, wenn er einen materiellen Leistungsanspruch nur in Gemeinschaft mit anderen z. B. seinen Miterben geltend machen, hingegen allein nur Leistung an

7) Vgl. o. § 2 V.

alle fordern könnte (vgl. §§ 2039, 432 B.G.B.). Ein derartiger materieller Anspruch kann nur verwertet werden, wenn seine sämtlichen Inhaber Streitgenossen sind und den prozessualen Anspruch gemeinsam erheben. Sie stehen in diesem Falle hinsichtlich des prozessualen Anspruchs in Rechtsgemeinschaft (§ 59 C.P.O.) und können auch gegen den Dritten nur gemeinsam klagen, da einem einzelnen die Legitimation fehlt[8].

IV. Da durch die Erhebung des prozessualen Anspruchs gar nicht der materielle geweckt wird, so gilt die Erhebung nicht als Mahnung, durch die der andere Teil hinsichtlich des materiellen in Verzug gesetzt wird. Da ferner bei einem Recht aus § 810 ein materieller Vorlegungsanspruch erst mit der Geltendmachung entsteht[9], hier aber der materielle überhaupt nicht geltend gemacht wird, so ist bei prozessualer Vorlegungspflicht auf Grund des § 810 (oder auch § 809) B.G.B. überhaupt kein materieller Anspruch entstanden[10], sondern nur der prozessuale. Die Geltendmachung des prozessualen Anspruchs und seine Anerkennung durch das Gericht führt auch zu keinerlei Entscheidung über den materiellen Anspruch; wenn also das Gericht die Vorlegung auf Grund

8) Da es sich eben nicht um den materiellen, sondern um einen selbständigen prozessualen Anspruch handelt, so kann nicht etwa der einzelne Streitgenosse gegen den Dritten auf Leistung an alle d. h. auf Vorlegung vor das Gericht klagen. Auch muß im Nebenprozeß das Subjekt des prozessualen Anspruchs im Hauptprozeß Kläger sein, vgl. unten § 40 I.

9) Oben § 5 V.

10) Trotzdem kann im Sinne des § 422 die Vorlegung nach bürgerlichem Recht jederzeit verlangt werden, nämlich indem die materielle Vorlegung geltend gemacht wird. Insofern also § 809 oder 810 B.G.B. in Betracht kommt, hat der Beweisführer streng genommen keinen Anspruch nach bürgerlichem Recht und braucht auch keinen zu haben (vgl. oben § 2 zu Anm. 5), sondern er muß nur in der Lage sein, jederzeit einen zur Entstehung zu bringen.

des behaupteten Eigentumsherausgabeanspruchs des Beweisführers angeordnet hat, so erhält doch der Gegner, nicht der Beweisführer nach stattgehabter Vorlegung die Urkunde zurück.

Man wird jedoch in den Fällen, in denen die Vorlegung vor das Prozeßgericht auf Grund eines Herausgabeanspruchs verlangt wird, dem Gegner wie dem Dritten die facultas alternativa einräumen müssen, statt der Vorlegung vor das Prozeßgericht, die Sache an den Beweisführer ganz herauszugeben, was ihm vielleicht bequemer und angenehmer sein kann. Denn die Herausgabe ist stets das maius gegenüber dem augenblicklich verlangten minus der Vorlegung [11]) und durch sie kann der Beweisführer die Urkunde zu allen prozessualen Zwecken gebrauchen, so daß sich der Urkundenbesitzer dadurch von dem prozessualen Anspruch befreien kann [12]). Ist das materielle Rechtsverhältnis der Herausgabepflicht so geregelt, daß sich der Beweisführer die Urkunde abholen müßte (Holschuld), so wird sie auch bei Geltendmachung des prozessualen Anspruchs der Beweisführer von einem Dritten, der ganz herausgeben will, abholen müssen, da der Dritte doch nur gegen sofortige Erstattung der Kosten vorzulegen brauchte [13]).

V. Obgleich die prozessuale Vorlegungspflicht inhaltlich dieselbe ist, sei es, daß sie auf Grund dinglichen oder persönlichen Rechts, auf Grund Herausgabe- oder Vorlegungsanspruchs verlangt worden ist, so bleibt doch natürlich der Charakter

11) So auch Schlieckmann S. 21.

12) Es ist daher auch für den Beweisführer viel praktischer, gegen einen Dritten statt auf prozessuale Vorlegung auf materielle Herausgabe zu klagen, wenn er einen materiellen Herausgabeanspruch hat. Doch wird auch in diesen Fällen das Recht, prozessuale Vorlegung zu verlangen, von Bedeutung sein, nämlich dann, wenn dem Herausgabeanspruch eine Einrede z. B. die des Zurückbehaltungsrechts entgegengensteht, die zwar das Recht, pure Herausgabe, nicht aber das Recht, prozessuale Vorlegung zu verlangen, hindert. Vgl. unten § 27 III.

13) Siehe unten § 27 IV.

ihres materiellen Grundes gewahrt hinsichtlich der Wirkung gegen dritte Erwerber und im Konkurse des Verpflichteten[14], bezügl. Zwangsvollstreckung gegen weitere Erwerber[15]) u. dergl., wie auch sonst selbst durch ein Urteil die Unterscheidung nicht verloren geht und der Tenor „N. N. wird verurteilt, die Sache X herauszugeben" verschiedene Bedeutung hat, je nachdem eine dingliche oder obligatorische Klage, etwa die rei vindicatio oder die actio conducti, in den Gründen als berechtigt anerkannt worden ist. Auch solche Ansprüche des bürgerlichen Rechts kann der Inhaber zur Geltendmachung des prozessualen Anspruchs für sich benutzen, die er an sich nur im Interesse gewisser Zwecke hat, z. B. das Einsichtsrecht des Gegenvormundes in die Urkunden über Führung der Vormundschaft zur Kontrolle des Vormundes (§ 1799 B.G.B.)

VI. Verschieden beim materiellen und prozessualen Vorlegungsanspruch ist auch das rechtliche Interesse der §§ 809 und 810 B.G.B. Selbstverständlich muß auch im Prozeß ein rechtliches Interesse vorliegen, aber dies besteht von selbst in der ernsthaften prozessualen Verfolgung angeblicher Rechte seitens der Parteien und dem hierfür bestehenden Rechtsschutzbedürfnis[16]) und ist stets in Bezug auf beweiserhebliche Tatsachen vorhanden[17]). Aber dies ist eben nicht das Informationsinteresse, das in § 810 wegen seines Zweckes nur vorhanden sein kann, und noch weniger das Interesse des § 809, das gerade in Bezug auf das iudicium directum vorhanden sein muß[18]), sondern ein Beweisinteresse, dem der Inhalt der Urkunde als solcher oder gar das Bestehen des im

---

14) Siehe unten § 48 II.
15) Siehe unten § 46 IV.
16) Vgl. die § 28 Anm. 18 cit. Schrift von Stein.
17) Gaupp=Stein § 422 II 2.
18) Vgl. oben § 17 II.

Hintergrund stehenden Anspruchs ganz gleichgültig ist[19]. Das prozessuale Vorlegungsinteresse muß aber, entsprechend wie man früher ein Editionsinteresse bei dem Editionsanspruch erforderte, bei jedem prozessualen Vorlegungsanspruch, nicht nur bei dem auf Grund des § 810 verfolgten, vorhanden sein[20].

§ 27.

Folgerungen der prozessualen Auffassung. Einreden gegen den materiellen Vorlegungsgrund. Ort und Kosten der prozessualen Vorlegung.

I. Der Ort der Vorlegung beim prozessualen Anspruch für Gegner und Dritten ist, wie bereits oben S. 112 erwähnt, das Prozeßgericht oder aus den besonderen Gründen des § 434 ein ersuchter oder beauftragter Richter. Daß der Leistungsort sich nicht nach dem bürgerlichen Recht bestimmen kann, geht schon daraus hervor, daß eine prozessuale Vorlegung nur Sinn hat, wenn sie dem Gericht gegenüber erfolgt, jedoch nicht, wenn dort, wo sich die Urkunde zufällig befindet, wo überdies nicht einmal ein Amtsgericht zu sein braucht. In der Vorlegung vor Gericht zeigt sich eben die Eigenart der prozessualen Vorlegung. Ueber die Schwierigkeit suchen die Schriftsteller, die das bürgerliche Recht entscheiden lassen oder nur ganz einseitig die Vorlegung auf Grund des § 810 berücksichtigen[1], dadurch hinwegzu-

19) Erforderte man ein anderes als das Beweisinteresse, so könnte man, wie bereits oben erwähnt (§ 20 Anm. 11), den Anspruch aus § 809 und den Kombinationsanspruch aus § 809 und 810 überhaupt nicht zur Begründung des prozessualen Vorlegungsanspruchs gebrauchen.

20) Auch § 387 Nr. 2 C.P.O. a. F. erforderte nicht ein besonderes rechtliches Interesse.

1) Siehe oben § 25 Anm. 14.

kommen, daß sie das Obschweben des Prozesses als wichtigen Grund im Sinne des § 811 B.G.B. ansehen, der die Vorlegung an einem anderen als dem Aufenthaltsort, also vor das Gericht, rechtfertige. Dabei übersehen sie aber ganz, daß ihnen dies Mittel gar nichts hilft, wo nicht auf Grund des § 809 oder 810 B.G.B., sondern aller anderen Vorschriften des bürgerlichen Rechts Vorlegung verlangt wird, die ein Abweichen von dem normalen Leistungsort aus wichtigen Gründen nicht kennen. Es könnte also überhaupt keine Vorlegung auf Grund eines anderen Einsichtsanspruchs verlangt werden; denn wann sollte je das Gericht Leistungsort sein? In § 118 H.G.B. z. B. kann Vorlegung natürlich nur dort verlangt werden, wo sich die Handelsbücher befinden, also im Geschäftslokal der offenen Handelsgesellschaft.

II. Da der prozessuale Anspruch mit dem materiellen nicht identisch ist, und seinen eigenen Leistungsort hat, so kann auf Erfüllung desselben gegen den Dritten nicht dort geklagt werden, wo der materielle, selbst auf Grund eines etwaigen Vertrages, zu erfüllen ist (forum contractus § 29 C.P.O.) oder sonst einen Gerichtsstand hat, sondern nur im allgemeinen Gerichtsstand (§§ 12—19) sowie in dem der §§ 20, 21, 23, da die Klage trotz ihres prozessualen Charakters eine vermögensrechtliche im Sinne der C.P.O. ist, sofern der im Hauptprozeß verfolgte Rechtsschutzanspruch ein vermögensrechtlicher ist[2]).

III. Da nur dann gegen Gegner und Dritten ein prozessualer Vorlegungsanspruch auf Grund des § 422 begründet ist, wenn der Beweisführer nach bürgerlichem Recht Vorlegung oder Herausgabe verlangen kann, so folgt daraus, daß er ein präsentes sofort realisierbares Recht haben muß, daß es aber nicht genügt, wenn er in 10 Jahren einmal

2) Vgl. oben § 16 Anm. 1.

Herausgabe verlangen kann. Daher sind besonders dingliche Rechte stets mit Vorsicht daraufhin zu prüfen, ob aus ihnen sofortige Herausgabe oder Vorlegung verlangt werden kann, da dies, wie bereits oben § 21 I. a. A. hervorgehoben, nicht immer der Fall ist. Der Ansicht Wilmowski-Levy's[3]), daß der Gegner, wenn er nach bürgerlichem Recht überhaupt zur Vorlegung verpflichtet sei, nicht die Einrede entgegensetzen könne, daß er erst später vorzulegen brauche, „daß er zur Zeit nach den Bedingungen des civilrechtlichen Verhältnisses noch nicht zur Herausgabe oder Rückgabe verpflichtet sei“, wohingegen sein Besitz- bezw. Retentionsrecht dadurch nicht beeinträchtigt werde, kann deshalb nicht beigetreten werden. Vielmehr muß der Grundsatz so formuliert werden, daß der Anspruch nach bürgerlichem Recht, um die prozessuale Vorlegungspflicht zu begründen, so beschaffen sein muß, daß, wenn die zu seiner Begründung dienenden Tatsachen vom Beweisführer richtig und vollständig im Versäumnisverfahren vorgetragen worden wären, ein den Gegner oder Dritten zur sofortigen Erfüllung des materiellen Anspruchs verurteilendes Erkenntnis ergehen würde, daß der Urkundenbesitzer auch keine rechtsvernichtende Einrede vorbringen kann (und vorbringt), wie die der Verjährung oder Anfechtung. Hiernach sind hinsichtlich des materiellen Anspruchs, abgesehen von der Verjährung, als ihn aufhebend besonders die sog. Einredetatsachen[4]) zu berücksichtigen, wie Zahlung[5]), die, auch vom Kläger im Versäumnisverfahren vorgebracht, die Abweisung zur Folge hätten, sowie solche Tatsachen, die, im Versäumnisverfahren vorgebracht, zwar eine Verurteilung, aber nur zu künftiger Leistung (§ 257) zur Folge hätten, wie etwa, wenn aus dem Vortrage des Klägers

3) § 387 a. F. Erl. 2.

4) Siehe Gaupp-Stein § 331 II 1.

5) Auch die bereits erfolgte Anfechtung, da in diesem Falle der Anspruch als gar nicht entstanden betrachtet wird (§ 142 B.G.B.).

sich ergäbe, daß Räumung der Wohnung erst zum 1. Juli, nicht schon 1. April verlangt werden könne, oder wie die vom Kläger selbst vorgebrachte Einrede der Stundung; jedoch sind nicht zu berücksichtigen, abgesehen von der Verjährung, die Einreden i. e. S., die zwar das Bestehen des Anspruchs an sich nicht berühren und leugnen, aber ein Verweigerungs- oder Gegenrecht geltend machen, z. B. Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 B.G.B.)[6], des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 B.G.B.), der Vorausklage (§ 771 B.G.B.) u. a. m. Daraus folgt, daß die Verteidigung des Urkundenbesitzers, er brauche zur Zeit noch nicht zu leisten, keine eigentliche Einrede i. e. S. und daher zu beachten ist. Daß hingegen die eigentlichen Einreden gegen den materiellen Anspruch nicht zu beachten sind, folgt andrerseits aus der Erwägung, daß beim Bestehen eines präsenten materiellen Anspruchs, der trotz der Einreden vorhanden ist und nicht vernichtet werden kann[7], durch Stellung des Vorlegungsantrags sofort der selbständige prozessuale Anspruch entsteht, daß daher die Einreden, die gegen den nicht erhobenen materiellen Anspruch vorgebracht werden, nicht den bereits entstandenen selbständigen prozessualen Vorlegungsanspruch beeinträchtigen können.

IV. Hieraus folgt, daß bei einem Vorlegungsanspruch aus § 809 oder 810 B.G.B. nicht auf Grund des § 811, der ein durch Einrede geltend zu machendes Verweigerungsrecht dem Urkundenbesitzer gibt (vgl. oben S. 70 f.), Kostenvorschuß und Sicherheitsleistung verlangt werden kann, und

6) So auch das nach Förster § 381 Erl. 1a in der Presse veröffentlichte Urteil des R.G. vom 9. Mai 1885.

7) Denn vernichtende Einreden, die vorgebracht werden, nehmen wir eben aus (s. o.), weil durch sie der prozessuale Anspruch seinen Boden, den materiellen Anspruch, verliert, da letzterer ex tunc zerstört wird. Hingegen schaden später entstehende rechtsvernichtende Einreden dem bereits entstandenen prozessualen Anspruch nicht, s. o. § 26 II a. E.

zwar weder vom Gegner noch vom Dritten[8]). Der Prozeß nivelliert daher auch insofern, als das Recht auf Grund des § 809 und 810 nicht anders gestellt ist, als das auf Grund anderer Rechte. Eine Unterscheidung zwischen Gegner und Dritten ist in der Richtung ebensowenig gerechtfertigt, als sonst. Trotzdem hätte es etwas Anstößiges, dem Dritten die bei umfangreichen Urkunden vielleicht nicht unerheblichen baren Auslagen aufzuerlegen, die ihm bei Erfüllung an seinem materiellen Leistungsort nicht entständen oder vergütet werden müßten; bei dem Gegner fiele dieses Moment fort, da ihm ja auch sonst durch das prozessuale Rechtsverhältnis Kosten auferlegt werden, die er erst bei siegreichem Ausgang des Prozesses auf Grund des § 91 C.P.O. erstattet verlangen kann. Insofern aber der Gegner bei siegreichem Ausgang des Prozesses auch die durch die prozessuale Vorlegung entstandenen Kosten als Prozeßkosten erstattet verlangen kann, stände er sogar, was ganz ungerechtfertigt wäre, besser da, als der unbeteiligte Dritte.

Hiernach wird man unter Berücksichtigung des allgemeinen Grundsatzes, daß durch den Prozeß Dritten keine baren Auslagen erwachsen dürfen, was sogar zur Entschädigung der Zeugen trotz des öffentlichrechtlichen Charakters der Zeugenpflicht und des öffentlichen Interesses an ihrer Erfüllung geführt hat, bei dem prozessualen Schuldverhältnis der Vorlegungspflicht, das auf Grund gewisser Tatsachen von Gesetzeswegen entsteht, wie das materiellrechtliche des § 809 und 810 B.G.B., in analoger Anwendung des § 811 B.G.B. Dritten den Ersatz der Kosten bezw. auch Mehrkosten zuzusprechen haben, die ihnen durch Geltendmachung des prozessualen Vorlegungsanspruchs bezw. die Geltendmachung des prozessualen

---

8) So auch Gaupp-Stein § 422 I, 429 I; a. M. Seuffert zu § 422 Anm. 4 ad a und b.

an Stelle des materiellen entstehen[9]). Dieser Ersatzanspruch ist in allen Fällen der prozessualen Vorlegungspflicht Dritter begründet, sei es, daß sie auf dem materiellrechtlichen Verpflichtungsgrund des § 422, oder sei es, dem prozessualen des § 423, dem § 809 oder 810 B.G.B. oder sonstigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts beruht[10]). In analoger Anwendung des § 811 wird man ferner dem Dritten ein Verweigerungsrecht bis zur Kostenzahlung geben, da er ja nicht dem zahlungsfähigen Staat, der kein Interesse an der Erfüllung des prozessualen Anspruchs hat, sondern nur der privaten Partei gegenübersteht[11]). Der Dritte ist an sich berechtigt, seine Urkunde dem Gericht selbst vorzulegen, doch wird man eine Erstattung der dafür aufgewendeten Reisekosten nur dann für gerechtfertigt anerkennen, wenn ihm wegen besonderer Wichtigkeit und besonderen Wertes der Urkunde nicht zugemutet werden kann, sie aus den Händen zu geben und zu den Akten einzureichen. Für eine Pflicht zur Sicherheitsleistung ist ein genügender Anlaß nicht vorhanden.

V. Ein prozessuales Vorlegungsverfahren und damit eine prozessuale Vorlegungspflicht ist überhaupt ausgeschlossen im Urkundenprozeß (§ 595, 3), Vorlegungsanträge gegenüber dem Gegner — nicht gegenüber dem Dritten — im öffentlichen

---

9) Ueber den Umfang der Kosten gilt das oben § 16 II Gesagte. Nicht mit den an den Dritten nach dem Obigen zu erstattenden Kosten zu verwechseln sind die Kosten eines Prozesses zwischen dem Beweisführer und dem Dritten gemäß § 429. Unterliegt in diesem Prozeß der Dritte, so trägt er selbstverständlich die Kosten dieses Prozesses.

10) Ein Vorteil in der praktischen Konsequenz gegenüber der Auffassung der Schriftsteller, die in einseitiger Berücksichtigung des § 810 nur bei dessen Anwendung dem Dritten Kostenersatz zusprechen. Die österr. C.P.O. spricht es übrigens in § 309, 3 ausdrücklich aus, daß die Vorlegung der in den Händen des Dritten befindlichen Urkunde auf Kosten des Beweisführers geschehe.

11) Vgl. übrigens auch § 219 St.P.O.

Interesse, um die bei der Beweisregel des § 427 mögliche Kollusion der Parteien zu verhindern, in Ehe- und Familienstandssachen (§§ 617, 2 u. 3; 640 f.), im Entmündigungsverfahren und bei Anfechtung einer Todeserklärung (§§ 670, 679, 684, 686, 975), bei der Klage auf Scheidung oder Anfechtung einer Ehe, jedoch nur in Ansehung solcher Urkunden, die dem Bestande der Ehe ungünstige Tatsachen beweisen sollen (§ 617, 2).

§ 28.

Verletzung und Geltendmachung des prozessualen und materiellen Vorlegungsanspruchs.

I. Der prozessuale Anspruch erfordert zu seiner Substantiierung den Besitz auf Seiten des Vorlegungsverpflichteten; denn der Vorlegungsantrag muß die Umstände angeben, auf welche die Behauptung sich stützt, daß die Urkunde sich in dem Besitze des Gegners befindet (Nr. 4 des § 424), beim Dritten den Besitz sogar glaubhaft machen (§ 430)[1]. Steht fest, daß der Gegner oder Dritte zur Zeit des Antrags nicht besitzt, dann ist der Vorlegungsantrag unbegründet und ein prozessualer Anspruch nicht vorhanden. Dies folgt auch daraus, daß der Gegner zur prozessualen Vorlegung dann nicht verpflichtet ist, wenn er durch Leistung des Vorlegungseides den Besitz abschwört, ferner, daß die Verfolgung des prozessualen Vorlegungsanspruchs gegen den Dritten nur den Zweck haben kann und hat, die Urkunde in natura im Hauptprozeß zur Vorlegung zu bringen. Insofern ist wiederum ein bedeutender Unterschied gegenüber dem materiellen Anspruch vorhanden, der insbesondere bei Geltendmachung eines obligatorischen

1) Vgl. unten §§ 31 I, 40 I.

Rechts[2]) zu seiner Substantiierung nicht erfordert, daß der Schuldner besitzt.

II. Verschieden sind daher auch die Rechtsfolgen bei Verletzung des materiellen und prozessualen Anspruchs. Bei dem zu Grunde liegenden materiellen Recht wird der Besitzer in der Regel für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit haften (§ 276 B.G.B.). Bei dem prozessualen Anspruch haftet der Gegner jedoch, wie sich aus dem Vorlegungseid ergibt[3]), ganz gleichgiltig, welchem Rechtsverhältnis der Anspruch entspringt, nur dafür, daß er die Urkunde nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer, dem Inhaber des prozessualen Anspruchs, zu entziehen, also für verschärften dolus, verschärft insofern, als jeder dolus eventualis ausgeschlossen ist und die Urkunde aus anderen Gründen ohne nachteilige Folge vor der Vorlegung veräußert werden darf[4]); dieselbe Haftung muß aber auch bei dem Dritten Platz greifen, da die Pflichten beider gleich sind.

III. Verschieden bei Gegner und Dritten sind nur entsprechend der Struktur des Vorlegungsverfahrens die auf die Verletzung des prozessualen Anspruchs gesetzten Folgen. Verletzt der Gegner seine Pflicht, indem er entweder nicht vorlegt oder die Urkunde dolos abhanden bringt, welch letzteres sich darin zeigt, daß er den Eid nicht leisten kann, so treten die Folgen des § 427 ein. Geht hingegen die Urkunde in der Zwischenzeit (zwischen Stellung des Vorlegungsantrags und Eidestermin) durch Zufall oder auch Fahrlässigkeit unter, so wird der Gegner von seiner Pflicht frei. Verletzt der Dritte seine Pflicht, so erfolgt entweder Zwangsvollstreckung des

---

2) Vgl. jedoch oben § 6 II bezügl. § 810.

3) S. noch unten § 35 II.

4) S. oben § 6 I, wo wir die Haftung bei dem Anspruch aus § 810 der beim prozessualen Anspruch nachgebildet haben.

Vorlegungsanspruchs oder Geltendmachung von Schadenersatz. Hinsichtlich des Dritten sind jedoch, analog wie bei Geltendmachung des materiellen Anspruchs aus § 810 B.G.B.[5]), drei Stadien zu unterscheiden: Im ersten vor der Stellung des durch Bestimmung der Frist für begründet erklärten Antrags ist kein prozessualer Anspruch vorhanden und auch keine Haftung; im zweiten haftet er nur für dolus; im dritten (von Eintritt des Verzuges an) für omnis culpa und casus. Ein Verzug des Dritten ist dann vorhanden, wenn er in dem zur Vorlegung bestimmten Termine nicht vorgelegt hat[6]). Ein Verzug des Gegners mit irgendwelchen sich besonders daran knüpfenden Rechtsfolgen ist infolge des Verfahrens ausgeschlossen; denn wenn er nicht vorlegt, tritt sofort die Folge des § 427 ein; solange er aber das Recht der Vorlegung nicht verwirkt hat (vgl. unten § 37 III), ist er nicht im Verzug.

Auf den Verzug und die Schadenersatzpflicht des Dritten beim prozessualen Anspruch finden die Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse über Verpflichtung zur (materiellen) Leistung entsprechende Anwendung, also insbesondere die §§ 254 sowie 280 ff. B.G.B.[7]).

Während dem Beweisführer für den Hauptprozeß eine Verletzung des prozessualen Vorlegungsanspruchs durch den

5) Oben § 6 I. Die gleichartige Behandlung des materiellen Anspruchs aus § 810 und des prozess. Vorlegungsanspruchs ist gerechtfertigt, weil in beiden Fällen ein gesetzl. Schuldverhältnis erst durch den Eintritt gewisser Umstände, dort der Erhebung des Anspruchs, hier der Stellung des für begründet erklärten Vorlegungsantrags eintritt.

6) Es braucht nicht sofort gegen den Dritten geklagt worden zu ein, sondern der Beweisführer kann zunächst einen nahen Termin innerhalb der Frist erbeten haben, etwa weil er annahm, der Dritte werde freiwillig vorlegen. Dadurch, daß der Dritte das nicht tat, ist dann der Verzug eingetreten. Vgl. unten §§ 40 I, 42 II.

7) Vgl. auch § 893 C.P.O.

Gegner nichts schadet, insofern der Gegner diesfalls nicht ohne Eidesverletzung den Vorlegungseid schwören kann und daher zu Gunsten des Beweisführers die Beweisregel des § 427 eintritt, schadet ihm eine Verletzung durch den Dritten für den Hauptprozeß, wenn er dadurch die Urkunde nicht benutzen kann; während aber andrerseits eine Verletzung durch den Gegner nur prozessuale Folgen hat, gibt ihm die Verletzung durch den Dritten ein Recht auf Schadenersatz.

IV. Von der Verletzung des prozessualen Anspruchs ist wohl zu unterscheiden die des materiellen, bei dem, wie bereits erwähnt, häufig schon Fahrlässigkeit zum Schadenersatz verpflichtet. Diese fahrlässigen, rechtswidrigen Verletzungen des materiellen Rechts äußern aber bei der Erhebung des prozessualen Anspruch keinerlei Rechtsfolgen; trotzdem bleibt natürlich der aus dem materiellen Rechte bestehende Schadenersatzanspruch unberührt; nur kommt er innerhalb des Prozesses dem Gegner gegenüber nicht zur Geltung, da eben dort nur die dolose Verletzung des prozessualen Anspruchs Rechtswirkungen nach sich zieht. Einer selbständigen Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs steht aber nichts im Wege. Dabei ist jedoch folgendes zu beachten: Wenn der Beweisführer infolge des Verlustes der beweisenden Urkunde seinen Prozeß gegen den Gegner rechtskräftig verloren hat, indem der Gegner zwar fahrlässig den materiellen Anspruch, jedoch nicht den prozessualen Anspruch verletzt hatte und daher den Vorlegungseid mit gutem Gewissen schwören konnte, so ist es ausgeschlossen, daß der Beweisführer, wenn er später Zeugen ermittelt, nachträglich gegen den siegreichen Gegner einen Entschädigungsanspruch[8]) erhebt[9]); denn dies würde dem Wesen

8) d. h. auf Ersatz des Schadens, der ihm durch den Verlust der Urkunde als Beweismittels entstanden ist, der also die Höhe des Streitobjekts im Vorprozeß einschließlich der Prozeßkosten beträgt; einen Anspruch auf sonstigen Schaden, der ihm durch den Verlust der etwa noch

der Rechtskraft widersprechen, da im Verhältnis der Parteien der Prozeß richtig entschieden ist und man nicht einfach denselben Tatbestand und dieselbe Rechtsfolge dadurch noch einmal aufrollen kann, daß man den Gegner deshalb verklagt, weil infolge seines schuldhaften Verhaltens der Prozeß unrichtig entschieden sei[10]). Gegenüber einem Dritten ist aber dieser Entschädigungsanspruch wegen Verletzung lediglich des materiellen Rechts durchaus möglich[11]).

---

für andere Rechtsverhältnisse beweisenden Urkunde entstanden ist, oder auf Ersatz des Makulaturwerts der Urkunde kann er erheben.

9) Man denke sich folgendes Beispiel: A verklagt seinen Bankier B, bei dem er sein Vermögen verwalten läßt, auf Schadensersatz, weil ihm der Prokurist C fahrlässig in einem Briefe zum Ankauf von Hannoverscher Straßenbahn als einem „chancenreichen" Papiere geraten habe, daß daraufhin der Ankauf durch Vermittlung des Bankiers B geschehen sei und die Aktien bedeutend gefallen seien. Als A eine größere Reise machte, hatte er ein Bündel wichtiger Geschäftsbriefe, darunter auch den fraglichen Brief, dem B zur Aufbewahrung übergeben. In dem Prozeß verlangt er auf Grund Eigentums und Verwahrungsvertrages die Vorlegung des Briefes. B hatte zwar fahrlässigerweise das Bündel Papiere verloren und das materielle Recht des A verletzt, aber er kann den Vorlegungseid schwören, denn eine Verletzung des prozessualen Anspruchs fällt ihm nicht zur Last. Der Prokurist C ist verstorben und kann nicht als Zeuge vernommen werden. B leistet auch ohne Verletzung der Eidespflicht den in der Form des § 459, 3 zugeschobenen Eid, daß er nicht die Ueberzeugung erlangt habe, daß eine derartige Empfehlung des betr. Papieres stattgefunden habe. Nach rechtskräftiger Abweisung entdeckt A einen Zeugen, der sowohl den Brief gelesen hat, als auch bezeugen kann, daß dieser Brief in dem verloren gegangenen Bündel enthalten gewesen sei. Ein Fall der Restitutionsklage liegt nicht vor (§ 580).

10) Vgl. § 8 Anm. 8.

11) Man denke sich also das Beispiel der Anm. 9 so, daß A seine Geschäftsbriefe nicht bei B, sondern einem Dritten D hinterlegte und sie verlor. Ein prozessualer Anspruch und eine Klage aus § 429 war auch gegen D nicht gegeben, da er ja zur Zeit des Vorlegungsantrags nicht mehr besaß; vgl. auch unten § 36 VI.

V. Die Frage, ob die Verletzung des prozessualen Vorlegungsanspruchs als solchen durch Dritte d. h. solche Personen, gegen die er sich nicht richtet, als die Verletzung eines „sonstigen Rechtes“ im Sinne des § 823 B.G.B. anzusehen ist, ist aus denselben Gründen, wie es oben beim materiellen Anspruch geschehen ist[12], zu verneinen; die Entscheidung richtet sich vielmehr nach dem jeweils zu Grnude liegenden materiellen Rechtsverhältnis.

VI. Da durch die Erhebung des prozessualen Anspruchs auf Vorlegung nicht der materielle geltend gemacht wird, sondern nur aus dem materiellen etwas Prozessuales verlangt wird, so steht weder, wenn der Anspruch im selbständigen Prozeß gegenüber dem Gegner[13]) geltend gemacht ist, dem Vorlegungsantrag die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen[14]) noch hindert umgekehrt die Stellung des Antrags einen selbständigen Prozeß. Auch kann nicht die Anhängigkeit eines selbständigen Vorlegungsprozesses zur Aussetzung des Hauptprozesses gemäß § 148 führen[15]), da doch die Entscheidung des Hauptprozesses auch nicht teilweise von dem Bestehen der Vorlegungspflicht abhängt und das Rechtsverhältnis der materiellen Vorlegungspflicht nicht präjudiciell für den Anspruch des Hauptprozesses ist.

Es schadet der selbständigen Geltendmachung des materiellen Anspruchs nichts, wenn ein auf bestimmte Tatsachen begründeter Vorlegungsantrag abgelehnt ist, weil diese Tatsachen keine prozessuale Vorlegungspflicht begründeten, und schafft keinerlei Rechtskraft hinsichtlich des materiellen Anspruch[16]), über den das Prozeßgericht nicht zu entscheiden hatte.

12) Vgl. oben § 6 II.

13) Hinsichtlich des Dritten dürfte das weniger vorkommen.

14) So Seuffert zu § 421 Nr. 4.

15) So Seuffert a. a. O.

16) Seuffert müßte folgerichtig zur gegenteiligen Ansicht gelangen.

Ist jedoch umgekehrt der materielle Anspruch rechtskräftig aberkannt worden, dann steht dies der Erhebung eines prozessualen Vorlegungsanspruchs entgegen; denn es wird nicht lediglich aus demselben Tatbestand eine andere Rechtsfolge abgeleitet, wie etwa bei Einklagung einer zweiten Zinsrate, nachdem die erste aberkannt worden ist, weil kein rechtsgiltiges Dahrlehn bestände, sondern der prozessuale Anspruch setzt das materielle Recht voraus, welches infolge der rechtskräftigen Aberkennung nicht besteht.

Die entsprechenden Sätze gelten auch beim Dritten, da, wie stets zu betonen, seine Vorlegungspflicht dieselbe ist, wie die des Gegners. Eine prozessuale Klage aus § 429 — man denke etwa an eine solche, bei der auf Grund Herausgabeanspruchs nur prozessuale Vorlegung verlangt wird[17]) — begründet weder die Einrede der Rechtshängigkeit für die Erhebung der materiellen Klage, noch begründet ihre Abweisung für letztere die Einrede der Rechtskraft; doch steht es dem Dritten frei, durch Erhebung der Incidentfeststellungsklage (§ 280) eine endgiltige Entscheidung auch über das materielle Rechtsverhältnis herbeizuführen.

VII. Es bedarf noch der Erwägung, ob der Beweisführer für die Geltendmachung des prozessualen Anspruchs als solchen dem Gegner gegenüber auf das Vorlegungsverfahren angewiesen ist, oder ob er ihn d. h. den Anspruch auf Vorlegung vor das Prozeßgericht (nicht den materiellen, hinsichtlich dessen wir die Frage bejaht haben), auch im selbständigen Prozeß verfolgen kann. Mit dem Hinweis darauf, daß ja für die Verfolgung des Anspruchs dem Gegner gegenüber gerade zur Vermeidung unnötiger Prozesse das einfachere, schnellere und kostenlose Vorlegungsverfahren gegeben

---

17) Vgl. oben § 26 zu Anm. 12.

sei, daß also dem Beweisführer das Rechtsschutzbedürfnis[18]) fehle, kann man die Frage nicht abtun. Denn der Beweisführer kann sehr wohl ein Interesse haben, indem er nicht so genau über die Urkunde orientiert ist, um einen Vorlegungsantrag stellen zu können, namentlich wenn etwa der Gegner auf eine ihm unbekannte Urkunde Bezug genommen hat[19]), sie aber nicht vorlegen will, was zwar verdächtig ist, ohne daß bei dem unbekannten Inhalt bestimmte Folgen aus der Weigerung gezogen werden könnten. Die Frage wird aber doch zu verneinen sein, weil das Vorlegungsverfahren einen bewußten Gegensatz zwischen Gegner und Dritten in sich trägt und für die Geltendmachung des prozessualen Anspruchs gegen den Dritten offenbar nur der selbständige Prozeß, gegen den Gegner nur das Verfahren innerhalb des Hauptprozesses gegeben ist. Dem trägt anscheinend auch die C.P.O. Rechnung, indem sie als ersten Satz über die prozessuale Vorlegungspflicht des Gegners den § 421 aufstellt, wonach die Antretung des Beweises, mithin die Geltendmachung des prozessualen Anspruchs durch den Vorlegungsantrag erfolgt. Außerdem geht aber die prozessuale Vorlegungspflicht nur auf Vorlegung vor das zur Annahme der Vorlegung bereite Prozeßgericht und diese Bereitschaft kann eben nur durch den Beschluß festgestellt sein, durch den die Vorlegung als erheblich angeordnet wird, und der nur innerhalb des Vorlegungsverfahren ergeht[20]).

Die prozessuale Pflicht als solche wird zwar nicht erst durch die Anordnung der Vorlegung oder Eidesleistung be-

18) Vgl. über diesen Begriff neuerdings Stein, „Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage“ in der Festgabe für Fitting, Halle 1903, namentlich S. 103 f.

19) In diesem Fall wäre ja eine materiellrechtliche Klage überhaupt nicht vorhanden.

20) Vgl. auch oben § 28 VII, unten § 34 I.

gründet, aber ob ein die Vorlegung wünschendes Gericht vorhanden ist, kann erst durch sie festgestellt werden.

Da es hiernach im Geiste der C.P.O. liegt, für die Herbeischaffung der in Händen des Gegners befindlichen Urkunden nur das Vorlegungsverfahren eintreten zu lassen, so ist es auch nicht angängig, auf Grund des § 356 eine Frist zu bestimmen, innerhalb deren die Partei die Urkunde durch Verfolgung eines materiellen Herausgabeanspruchs in einem Prozeß gegen den Gegner zu beschaffen habe[21]).

§ 29.

Anhang: **Der Vorlegungsanspruch bei simuliertem Prozeß.**

Da die gegenüber der materiellen erweiterte prozessuale Pflicht des Dritten davon abhängt, daß ein Prozeß anhängig ist, in dem eine Frist zur Erhebung der Klage gegen ihn bestimmt ist, so ist es möglich, daß jemand einen simulierten Prozeß führt, um die Vorteile des prozessualen Anspruchs zu haben, insbesondere die Urkunde Dritten zeigen zu können; bei kleinem Objekt käme dieser Prozeß ja gar nicht teuer. Diese Möglichkeit mußte unter der Herrschaft der alten C.P.O., als die Gemeinschaftlichkeit noch nicht überall im bürgerlichen Recht als Vorlegungsgrund anerkannt war, noch viel mehr zu Mißbräuchen anreizen; ob Mißbräuche überhaupt oder in nennenswertem Umfang vorgekommen sind, ist uns nicht bekannt.

Es fragt sich, ob das Schweben eines derartigen simulierten Prozesses die prozessuale Vorlegungspflicht begründet. Faßte man die Pflicht des Dritten als eine Art öffentlicher Zeugenpflicht auf[1]), so gäbe ihm die Simulation des Haupt-

---

21) Vgl. auch unten § 40 II.

1) Vgl. oben § 25 I u. IV.

prozesses kein Recht, die Erfüllung seiner Pflicht zu verweigern; und wenn zwei Leute einen simulierten Prozeß führten, um sich den schlechten Scherz zu machen, die Ladung einer hochgestellten Persönlichkeit als Zeugen zu erwirken, so könnte diese bei dem öffentlichrechtlichen Charakter der Zeugenpflicht, die durch die Ladung seitens des Gerichts begründet wird, nicht mit dem Hinweis auf die Simulation ablehnen. Neuerdings hat zwar Sintenis[2]) — wohl übrigens etwas zu schroff und einseitig — betont, daß der simulierte Prozeß d. h. derjenige, bei dem sich das Gericht nicht an der Simulation beteiligt[3]), vollkommen giltig, auch nach außen hin sei; trotzdem fehlt es dem simulierten Prozeß jedenfalls an einer ernsthaften Verfolgung angeblicher Rechte und einem hierfür bestehenden Rechtsschutzbedürfnis und an einem rechtlichen d. h. mindestens von der Rechtsordnung anerkannten Interesse, und so muß es auch dem prozessualen Vorlegungsanspruch an dem rechtlichen Interesse, dem prozessualen Vorlegungs- und Beweisinteresse, fehlen, das vorhanden sein muß, sei es, daß § 810 B.G.B. oder ein sonstiges Recht den materiellen Verpflichtungsgrund abgibt[4]). Bei Mangel dieses rechtlichen Interesse ist aber ein prozessualer Vorlegungsanspruch nicht vorhanden, und es ist nicht erforderlich, dem Dritten erst durch Verleihung der viel mißbrauchten exceptio doli[5]) zu helfen. Allerdings hat der Dritte nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen

---

2) Z. f. Civilproz. Bd. XXX S. 358 ff., besonders § 15.

3) Eine Beteiligung des Gerichts wird in der Praxis nicht vorkommen.

4) S. oben § 26 IV.

5) Was soll überhaupt heutzutage eine exceptio doli? Man gibt sie in Fällen, in denen man nicht den Mut hat, zu sagen, daß ein Anspruch überhaupt nicht bestände. Aber entweder besteht ein Anspruch, oder es besteht keiner, weil der Anspruch „dolos", wider die guten Sitten wäre, dann bedarf es aber nicht erst der Geltendmachung einer Einrede.

die Simulation des Hauptprozesses, wie jede Simulation, zu beweisen, was ihm aber durch die eidliche Vernehmung des Gegners des Beweisführers leicht gelingen wird.

---

3. Kapitel.

Das Verfahren zur Durchsetzung des prozessualen Vorlegungsanspruchs.

1. Abschnitt.

Der Vorlegungsantrag und die darauf ergehende Entscheidung.

§ 30.

Allgemeines.

Die Geltendmachung des prozessualen Vorlegungsanspruchs gegenüber Gegner wie Dritten geschieht durch Stellung des Antrags (§ 421, 428), der hinsichtlich des Gegners dahin geht, ihm die Vorlegung aufzugeben, hinsichtlich des Dritten, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen[1]). Die Voraussetzungen des Antrags gegen den Gegner sind in § 424 aufgestellt, des Antrags gegen den Dritten in § 430.

Für den Antrag gegen den Dritten sind in § 430 dieselben Erfordernisse aufgestellt, nur daß an Stelle der

1) Gewöhnlich wird nur der Antrag gegen den Gegner „Vorlegungsantrag" genannt. Doch wird hier auch der Antrag gegen den Dritten der Kürze halber und, weil zwischen beiden kein prinzipieller Unterschied besteht, sondern beide die Vorlegung vor das Prozeßgericht bezwecken, Vorlegungsantrag genannt.

Nr. 5 des § 424 etwas mehr verlangt wird, nämlich Glaubhaftmachung des Besitzes des Dritten; letzteres aus dem natürlichen Grunde, daß nicht unnütz das Verfahren verzögert und eine Frist bestimmt werde in Fällen, in denen mangels Besitzes des Dritten die Klage gegen ihn ein Schlag ins Wasser ist. Wenn Glaubhaftmachung darüber verlangt wird, „daß „die" Urkunde sich in den Händen des Dritten befinde", so wird damit an sich nicht Glaubhaftmachung des Inhalts der Urkunde verlangt, sondern nur dessen, daß der Dritte die gemäß Nr. 1 des § 424 nach Datum, Aussteller u. s. w. individualisierte Urkunde in Händen habe; doch wird das praktisch häufig auf eine gewisse Glaubhaftmachung des Inhalts hinauskommen. Die auf den Antrag ergehende Entscheidung ergibt § 425 bezw. 426 einerseits, § 431 andererseits. Nr. 1 und 2 des § 424 bedürfen für die hier verfolgten Zwecke[2]) keiner besonderen Erläuterung. Durch die Bezeichnung der Urkunde (Nr. 1) erfährt der Gegner, worum es sich handelt, und wird es überhaupt erst möglich, die Vorlegung einer individuell bestimmten Urkunde anzuordnen, sowie im Streitfall darüber zu entscheiden, ob die vom Gegner vorgelegte Urkunde identisch ist mit der im Vorlegungsantrag gemeinten. Nr. 1 ermöglicht dem Richter die Prüfung der Erheblichkeit, letzteres übrigens auch Nr. 3 insofern, als das Gericht auf dem Standpunkt stehen kann, daß durch den behaupteten Inhalt nicht das thema probandum erwiesen würde.

Die Nr. 3 ist ferner hauptsächlich erforderlich, um für die Beweisfolgen im Falle der Nichterfüllung oder Verletzung des prozessualen Anspruchs durch den Gegner einen Anhalt zu gewähren (§ 427); ihr wird am besten arg. § 427 durch Beibringung einer Abschrift genügt. Nr. 5 verlangt die Bezeichnung des Grundes, der die Verpflichtung zur Vorlegung

2) Vgl. im übrigen Kommentare zu § 424 und § 430.

der Urkunde ergibt, und Glaubhaftmachung dieses Grundes. Hieraus folgt, daß, wenn sich der Vorlegungsgrund aus § 810 B.G.B. ergibt, Nr. 3 und Nr. 5 zusammenfallen, da der Inhalt der Urkunde im Falle des § 810 zur Vorlegung verpflichtet; bei einem Vorlegungsgrund aus § 810 ist daher Glaubhaftmachung des zur Vorlegung verpflichtenden Inhalts erforderlich[3]). Allzu große Anforderungen wird man gerade an die Glaubhaftmachung dieses Vorlegungsgrundes nicht stellen dürfen, damit nicht der Vorlegungsantrag bereits in eine Art Beweises des Inhalts ausarte.

§ 31.

Der Besitz beim prozessualen Vorlegungsanspruch und beim Anspruch aus § 809 und 810 B.G.B.

I. Nr. 4 des § 424 erfordert hinsichtlich des Gegners die Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, daß die Urkunde sich in dem Besitze des Gegners befindet[1]), § 430 hinsichtlich des Dritten Glaubhaftmachung des Besitzes. Schon hieraus ergibt sich, wie bereits oben § 28 I erwähnt, daß zur Begründung des prozessualen Vorlegungsanspruchs Besitz nötig sei. Dies führt uns gleichzeitig noch zu einer materiellrechtlichen Frage zurück, die, wie bereits oben § 20 IV angedeutet, am besten hier zu behandeln ist. Auch § 810 (sowie § 809) B.B.G. erfordert zur Begründung des Vorlegungsanspruchs Beweis des Besitzes auf der Seite des Beklagten, und da fragt es sich, was für eine Art von

---

3) Bei Geltendmachung des materiellen Anspruchs aus § 810 bedarf es, wie oben § 13 II hervorgehoben, des vollen Beweises dieses Inhalts.

1) Ein solcher Umstand ist insbesondere auch der, daß der Gegner selbst auf die Urkunde Bezug genommen hat.

Besitz eigentlich gefordert wird. Die Frage ist für den prozessualen Anspruch noch nicht allgemein und höchstens hinsichtlich des Gegners aufgeworfen [2]), für § 810 (und mitunter § 809) wird meist ohne Angabe von Gründen behauptet, daß die Klage gegen den mittelbaren und unmittelbaren Besitzer gehe [3]). Soweit letzteres angenommen wird, wird, soweit sich eine Bemerkung darüber vorfindet, auch dem unmittelbaren Besitzer das Recht der Urheberbenennung (nominatio actoris) auf Grund des § 76 C.P.O. gegeben [4]).

II. Die Bestimmungen der C.P.O. ergeben einen merkwürdigen Wechsel des Ausdrucks, indem teilweise der technische Ausdruck „Besitz" (§§ 424 Nr. 4, 426), überwiegend jedoch der nichttechnische Ausdruck „in den Händen" gebraucht wird (§§ 421, 423, 425, 428, 430, 432, 441) [5]), wobei man trotzdem als selbstverständlich davon auszugehen hat, daß in allen Fällen dasselbe gemeint sei. Ferner glauben wir, daß in § 810 B.G.B. dieselbe Art von Besitz wie beim prozessualen-Anspruch erfordert werde; denn einerseits sind dieselben Erwägungen, namentlich der Billigkeit, in dieser Hinsicht maßgebend, wie beim prozessualen Anspruch; andrerseits

2) Vgl. das Citat unten Anm. 9.

3) So z. B. Enneccerus-Lehmann § 347 I, Cosack 4. Aufl. I S. 634, Windscheid-Kipp II § 474 S. 798 hinsichtlich § 809, Staudinger § 809 I 2 c, Schmieding hinsichtlich § 809 in der § 17 Anm. 2 cit. Schrift S. 21 (ganz unklar Absatz 3 daselbst); so auch Fischer-Henle, indem zu § 809 und 810 bei dem Wort „Besitz" § 854 und 868 citiert wird. A. M. Seuffert, der bei der prozessualen Klage gegen den Dritten zu § 430 C.P.O. unmittelbaren Besitz verlangt; Dernburg, B. R. II S. 95, der den Anspruch in erster Linie gegen den unmittelbaren Besitzer, im Falle eines Interesses auch gegen den mittelbaren gibt; ähnlich Endemann bezügl. § 809 B.G.B., 8. Aufl. § 197 S. 1231.

4) So Windscheid-Kipp.

5) Vgl. auch § 588, 2; die österr. C.P.O. hat denselben Wechsel der Ausdrücke „Besitz" und „in den Händen" (§§ 303, 307, 308, 309).

spricht auch die Entstehungsgeschichte dafür, wenn auch nicht gerade zwingend.

§ 775 E. I B.G.B., der auf die C.P.O. Bezug nahm, lautete:

„Wer ein Interesse daran hat, von einer in dem Besitze oder der Innehabung eines anderen befindlichen Urkunde Einsicht zu nehmen, kann die Vorlegung und Gestattung der Urkunde verlangen, sofern die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen in einem Rechtsstreit ein Dritter[6]) nach den Bestimmungen der C.P.O. zu der durch Beweisbeschluß für erheblich erklärten Vorlegung einer Urkunde verpflichtet ist".

Nun ist in der Sprache des E. I zwar unter „Besitz" der Besitz des römischen Rechts, also auch teilweise der mittelbare, unter Innehabung die Detention, also der unmittelbare Besitz, verstanden; aber trotzdem wird man annehmen dürfen, daß der E. I, der sich — systematisch nicht richtig —[7]) so eng an die C.P.O. anschloß, auch hinsichtlich des geforderten Besitzes keine abweichende Stellung einnehmen wollte. § 810 B.G.B. sagt jetzt nur „eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde" und zwingt uns durch den Wortlaut keineswegs, darunter etwas anderes als einen Besitz zu verstehen, der dem Vorlegungssucher mangelt und mangels dessen er nicht die Urkunde gebrauchen kann.

Die C.P.O. scheint durch den überwiegend gebrauchten Ausdruck „in den Händen" das, was wir heutzutage mittelbaren Besitz nennen, auszuschließen[8]), und diese Auffassung bestätigen auch die Vorarbeiten zur C.P.O. Der Hannoversche

---

6) Es hätte ebensogut „der Gegner" lauten können. Vgl. oben § 25 III.

7) Vgl. oben § 3 II.

8) Endemann zu § 383 und 389 Nr. 4 C.P.O. a. F. versteht unter „in den Händen befindlich" wie unter „Besitz" sowohl unmittelbaren wie mittelbaren Besitz.

Entwurf enthielt stets den Ausdruck „in Händen befindlich“, nicht Besitz hinsichtlich der Urkunde, auch in allen seinen Entwürfen (vgl. H.E. §§ 377, 378, 380, 381, 383, 385, 386, 389, 391). Der Ausdruck „Besitz“ sollte gerade vermieden werden, weil damit andere juristische Begriffe verbunden würden[9]), und weil man die Ausschließung des Detentors, der nach römischem Recht keinen Besitz hatte, vermeiden wollte. Der Antrag, an einer Stelle[10]) den Ausdruck „Besitz“ zu gebrauchen, wurde abgelehnt. Beim Vorlegungseid wurde sodann im Norddeutschen Entwurf der Ausdruck „Besitz“ gewählt, da er geeigneter sei als das weniger verständliche und gebräuchliche Wort „Gewahrsam“[11]). Hieraus dürfte folgen, daß aus dem zweimal vorkommenden Worte „Besitz“ für die C.P.O. nicht zu schließen ist, daß er stets auch den mittelbaren Besitz bedeutet, sondern daß es mehr die Bedeutung von „in den Händen“ hat. Auch bereits ein im Jahre 1868 für das Gebiet des gemeinen Rechts ergangenes Erkenntnis des O.A.G. Jena[12]) legte bei prozessualer Urkundenedition weniger Wert auf juristischen Besitz oder Detention als darauf, daß sich der Gegenstand „in der faktischen Rechtssphäre“ befinde, also auf ein nicht gerade juristisch-technisches Verhältnis. Diese letzte Auffassung trifft, wenn auch vielleicht nicht in bewußter Klarheit und ohne irgend eine nähere Begründung, in hervorragender Weise das Richtige.

III. Bei Begründung unserer Ansicht legen wir besonderen Wert auf die praktischen Gesichtspunkte. Zunächst besteht ein brennendes Interesse daran, den Urkundenvorlegungsanspruch auch dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren zu geben, und zwar den aus § 810 wie den prozessualen. Denn,

---

9) H.P. S. 5745.

10) § 370 des Entwurfs nach den Beschlüssen erster Lesung.

11) N.D.P. S. 951.

12) Eingeholt von der Juristenfakultät Breslau, S.A. 22 Nr. 90.

wie oben § 21 I ausgeführt, folgt aus dem Eigentum oder überhaupt irgend welchem mittelbaren Besitz an sich keineswegs das Recht, die Urkunde jederzeit herauszuverlangen oder irgendwie zu benutzen. Folgerte man aber aus den Worten „in fremdem Besitz" (in § 810), daß man an eine Urkunde zu denken habe, die in mittelbarem oder unmittelbarem Besitze eines anderen sei und verpflichtete hiernach auf jeden Fall den mittelbaren und unmittelbaren Besitzer, so müßte man weiter folgern, daß der mittelbare Besitzer Vorlegung nicht verlangen könne, da die Urkunde für ihn ja nicht in fremdem Besitz und er ja selber auch zur Vorlegung verpflichtet sei, sich daher auch nicht in der Rolle des Vorlegungssuchers befinden könne. Und wenn man bei der prozessualen Vorlegungspflicht auch den mittelbaren Besitzer als die Urkunde in Händen habend stets zur Vorlegung verpflichten wollte, so könnte der mittelbare Besitzer nicht gegen den Gegner als unmittelbaren Besitzer einen Vorlegungsantrag stellen, da er ja selbst die Urkunde „in Händen habe" (§ 420). Hätte also ein Gutsbesitzer sein Gut mit Wirtschaftsbüchern, die seine eigenen Rechtsverhältnisse beurkunden und daher nach § 810 B.G.B. zu seinen Gunsten vorlegungspflichtig sind, an einen Pächter verpachtet, so hätte nach dieser Ansicht der Gutsbesitzer, da er selbst mittelbarer Besitzer ist, keinen Vorlegungsanspruch nach § 810, dessen er im Falle des Interesses bedürfte, da er auch trotz seines Eigentums die Bücher nicht herausverlangen könnte (oben § 21 I), und er hätte auch keinen Vorlegungsanspruch im Prozeß, eine um so ungeheuerlichere Folge, als der Gutsbesitzer trotz seines Eigentums und mittelbaren Besitzes oder gerade wegen desselben schlechter gestellt wäre als jeder dritte Lieferant, dessen Lieferung in den Büchern verzeichnet ist. Das kann nicht richtig sein, sondern der Gutsbesitzer kann außerhalb und innerhalb des Prozesses die Vorlegung der Bücher ver-

langen, da er sie tatsächlich nicht in Händen hat. Damit kommen wir zu dem Ergebnis, daß derjenige, auch als mittelbarer Besitzer, die Vorlegung auf Grund des § 810 oder im Prozeß verlangen kann, der sie braucht, da er nicht „in Händen hat" d. h. vermöge seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt nicht zum Ziele gelangt. Daraus ergibt sich aber mit zwingender Notwendigkeit als Gegenstück der Satz, daß derjenige, der selbst die Vorlegung der Urkunde braucht, auch nicht zur Vorlegung auf Grund des § 810 oder im Prozeß verpflichtet ist.

Zu diesem letzten Satz gelangen wir auch durch andere Erwägungen. § 810 B.G.B. bedeutet, wie öfters hervorgehoben (vgl. oben § 5 II), eine Durchbrechung des strengen Rechts im Billigkeitsinteresse, so daß dem Urkundenbesitzer keine besonderen Lasten erwachsen dürfen. Es ist nun absolut ungerecht, dem Urkundenbesitzer Lasten aufzuerlegen, die ihm außerordentliche Mühe machen, und die er u. U. einfach nicht erfüllen kann, und zwecklos, ihn zu verurteilen, wo eine Zwangsvollstreckung nach § 887 oder 888 bei gutem Willen des Verurteilten, aber Unmöglichkeit der Erfüllung von vornherein ausgeschlossen ist. Der mittelbare Besitzer aber, der die Urkunde auf längere Zeit vermietet oder verpachtet hat — man denke an den erwähnten Gutsbesitzer — kann gegen den Willen des Mieters oder Pächters nicht vorlegen; er hat auch keinen Anspruch auf Herausgabe, den er nebenbei gar nicht dem Vorlegungssucher abzutreten brauchte, und mangels eigenen rechtlichen Interesses auch nicht einen Einsichtsanspruch, der auch nicht abtretbar wäre[13]). In derlei Fällen den mittelbaren Besitzer zur Vorlegung zu verpflichten, ist daher nicht angängig.

Die hier aufgeworfene Frage hat übrigens, wie zur

---

13) S. oben § 11 I.

Verhütung von Mißverständnis bemerkt werde, nichts mit der nach Erlaß des B.G.B. aufgetauchten Streitfrage gemein, ob die rei vindicatio auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig sei[14], deren Bejahung durch die allgemein herrschende Lehre für gerechtfertigt erachtet wird. Denn der Vorlegungsanspruch aus § 810 ist etwas ganz anderes als der Eigentumsherausgabeanspruch und negiert in keiner Weise, wie dieser, das Recht des mittelbaren Besitzers, der selbst gleichzeitig einen Vorlegungsanspruch haben kann; auch ist die Zwangsvollstreckung bei der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer zum mindesten nach § 886 C.P.O. nicht aussichtslos.

IV. In noch höherem Grade, wie bei dem Anspruch aus § 810, ist es bei dem prozessualen Vorlegungsanspruch ausgeschlossen, stets den mittelbaren Besitzer zu verpflichten. Widerlegt man daher selbst unsere Ansicht bezüglich § 810 B.G.B., so würde dieselbe damit in prozessualer Beziehung noch nicht hinfällig. Der beim prozessualen Anspruch erforderliche Besitz ist natürlich stets der gleiche, sei es, daß der Anspruch auf Grund des § 810 oder sonstigen materiellen Rechts oder der prozeßrechtlichen Bezugnahme erhoben wird. Der prozessuale Anspruch hat stets den Zweck der Herbeischaffung der Urkunde, nicht der Erlangung irgendwelchen Schadensersatzes; zur Herbeischaffung der Urkunde mit Opfern ist aber im Prozeß niemand verpflichtet. Darum entsteht der Anspruch überhaupt nicht, wie oben dargelegt[15]), wenn entgegen einer materiellrechtlichen Pflicht bei Stellung des Vorlegungsantrages kein Besitz vorhanden und die Vorlegung nicht möglich ist. Darum kann auch ein solcher mittelbarer Besitz nicht zu seiner Entstehung genügen, bei dem die Herbeischaffung der Urkunde unmöglich oder mit Schwierigkeiten verbunden ist.

14) Vgl. die näheren Nachweisungen bei Planck zu § 985 B.G.B.
15) Vgl. § 28 IV.

Der Zweck der Herbeischaffung zeigt sich besonders deutlich bei dem an sich keine Besonderheit bietenden prozessualen Anspruch gegen den Dritten. Es würde gewiß niemand zweifeln, daß zur Anstellung der Klage gegen den Dritten keine Frist gemäß § 431 bestimmt werden dürfte, wenn die Zwangsvollstreckung von vornherein aussichtslos wäre. Wo man aber nicht den Dritten verpflichten will, kann man auch nicht den Gegner verpflichten. Schließlich könnte, wenn man stets auch den mittelbaren Besitzer verpflichten wollte, stets der unmittelbare Besitzer einen Vorlegungsantrag auf Grund des § 810 B.G.B. gegen den mittelbaren Besitzer stellen, da dieser ja besitze, was ein vollkommener Mißbrauch wäre.

V. Andererseits wäre es auch unbillig, in allen Fällen den unmittelbaren Besitzer zur Vorlegung nach § 810 B.G.B. oder im Prozeß zu verpflichten, und zwar in solchen Fällen, in denen jemand eine Urkunde ohne irgend ein eigenes Interesse an ihrer Benutzung besitzt und bereit ist, sie jederzeit dem mittelbaren Besitzer herauszugeben[16] [17]). Man denke etwa an den Fall, daß eine Bank, eine Hinterlegungsstelle oder ein Notar für irgendwelche Interessenten Dokumente verwahrt, die versiegelt sind und nach den Bestimmungen der Verwahrer versiegelt bleiben müssen. In diesen Fällen ist der unmittelbare Besitzer nicht in der Lage, zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 810 vorliegen, und man kann ihm auch gar nicht in Fällen, in denen er an dem Besitz als solchem kein Interesse hat, irgend eine Prüfung zumuten. Man könnte allerdings in diesem Fall an die nominatio auctoris des § 76 C.P.O. denken; aber richtiger ist es gewiß, den unmittelbaren Besitzer unter Umgehung dieses etwas alt-

16) Ein solcher Fall kann selbstverständlich auch dann vorliegen, wenn für die Verwahrung der unmittelbare Besitzer ein Entgelt erhält.

17) Aehnlicher, wenn auch nicht näher ausgeführter Gedanke, bei Endemann, B. R. 8. Aufl. S. 1231 Anm. 5.

fränkischen Instituts, das ja tatsächlich die Haftung von ihm abnimmt und nur eine ärgerliche Verschleppung des Prozesses hervorruft, gar nicht erst haften zu lassen. Außerdem hülfe die nominatio auctoris gar nichts beim prozessualen Anspruch; denn auf den Fall des Antrags gegen den Prozeßgegner ist sie nicht zugeschnitten, da das Vorlegungsverfahren ja kein selbständiger Prozeß ist, so daß man dazu kommen müßte, entweder den Gegner doch zur Vorlegung zu verpflichten oder ihm das Recht zu geben, einfach den mittelbaren Besitzer zu benennen d. h. nicht zu verpflichten; und statt gegen einen solchen Dritten, der nachher durch Urheberbenennung den Vorlegungsprozeß hinziehen könnte, würde das Gericht des Hauptprozesses nur Frist zur Klage gegen den sofort vom Beweisführer benannten auctor gewähren. Ist daher der unmittelbare Besitzer ohne Interesse am Besitz und zur Herausgabe an den mittelbaren Besitzer jederzeit bereit, dann erscheint es angemessen, nur den mittelbaren Besitzer, der ja in solchen Fällen die Urkunde vermittelst des gefügigen unmittelbaren Besitzer wirklich „in Händen hat", zu verpflichten. Wir ziehen daher zur Entscheidung, ob jeweils der mittelbare oder unmittelbare Besitzer verpflichtet ist, eine Unterscheidung heran, die bereits das B.G.B. in § 868 macht, allerdings ohne praktische Folgerungen zu ziehen, die aber, wie wir glauben, auch sonst theoretisch und praktisch von großer Bedeutung sein dürfte, nämlich, ob der unmittelbare Besitzer zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist.

VI. Wir gelangen so zu folgendem Ergebnis:

Einen materiellen Anspruch nach § 810 oder einen prozessualen Vorlegungsanspruch kann auch u. U. der mittelbare gegen den unmittelbaren Besitzer geltend machen. Soweit der mittelbare gegen den unmittelbaren Besitzer einen solchen geltend machen kann, ist im Verhältnis zu Dritten nur der unmittelbare, nicht der mittelbare Besitzer zur Vorlegung ver-

pflichtet; soweit dies nicht der Fall ist, indem der unmittelbare Besitzer jederzeit zur Herausgabe bereit ist und keinerlei Gebrauchsrecht oder eigenes Interesse an dem Besitz in Anspruch nimmt, ist nur der mittelbare Besitzer, der die „facultas exhibendi“ hat, zur Vorlegung verpflichtet. Verpflichtet ist daher zur materiellen Vorlegung nach § 810 oder zur prozessualen

1. der unmittelbare Eigenbesitzer,
2. der unmittelbare Fremdbesitzer mit Recht[18]) auf Besitz,
3. der mittelbare Besitzer, wenn er facultas exhibendi hat und der unmittelbare Besitzer zum Besitz nur verpflichtet ist.

Nicht verpflichtet ist daher der mittelbare Besitzer im Falle Nr. 2, der unmittelbare Besitzer im Falle Nr. 3. Soweit hiernach der mittelbare Besitzer und nicht der unmittelbare Besitzer verpflichtet ist, und der unmittelbare Besitzer keinen Gebrauch von den Urkunden machen kann, weil sie etwa versiegelt sind, wie in dem obigen Beispiel, hat auch der unmittelbare Besitzer gegen den mittelbaren den Anspruch auf materielle Einsichtsgestattung oder prozessuale Vorlegung[19]). Ist der Prozeßgegner daher mittelbarer Besitzer im Falle Nr. 2 oder unmittelbarer Besitzer im Falle Nr. 3, dann bedarf die andere Partei (der Beweisführer), da der Gegner nicht zur prozessualen Vorlegung verpflichtet ist, der Klage gegen den unmittelbaren bezw. mittelbaren Besitzer als Dritten.

Keinerlei Raum ist hingegen bei dieser Regelung für eine nominatio auctoris. Denn die Urheberbenennung setzt voraus, daß sowohl der mittelbare als auch der unmittelbare

18) Auch Zurückbehaltungsrecht, wenn es auch nur zu Unrecht geltend gemacht ist.

19) Der unmittelbare Besitzer würde ja eigenmächtig d. h. mit verbotener Selbsthilfe handeln (§ 229 B.G.B.), wenn er selbst die verschlossenen Urkunden aufbrechen würde.

Besitzer als Besitzer verpflichtet sind, wobei der unmittelbare Besitzer seine gewissermaßen nur formelle Haftung durch Benennung des mittelbaren abwenden kann. Bei unserer Regelung ist aber entweder nur der mittelbare oder nur der unmittelbare Besitzer zur Vorlegung als Besitzer verpflichtet, so daß jeweils die Klage gegen den nicht Verpflichteten abzuweisen ist und der verpflichtete unmittelbare Besitzer nicht den mittelbaren benennen kann, der nicht verpflichtet ist.

VII. Es ist nicht zu verkennen, daß es klarer und richtiger wäre, wenn die C.P.O. auch in § 424 Nr. 4 und 426 statt „Besitz" den Ausdruck „in den Händen" verwendete und § 810 B.G.B. sagte „in den Händen eines anderen". Im Sinne von „in den Händen haben" ist auch das beim Offenbarungseid des § 883 C.P.O. verwendete Wort „besitzen" zu verstehen. Wir verbinden daher hier mit dem Wort „in den Händen haben" (Inhaberschaft) einen besonderen Begriff, der bisher in der Gesetzessprache und in der Rechtswissenschaft noch keine bewußt technische Prägung erhalten hat [20]).

Haben mehrere Personen zusammen einen nach dem Vorhergehenden zur Vorlegung verpflichtenden Besitz, stehen sie also in Mitbesitz (§ 866 B.G.B.), so ist nach Geltendmachung des Vorlegungsanspruchs jeder einzelne Mitbesitzer zur — civilistischen und prozessualen — Vorlegung verpflichtet; denn die Vorlegungspflicht ist eine unteilbare Leistung (§ 431 B.G.B.).

Wenn wir auch im folgenden, wie bisher, den einmal gebräuchlichen Ausdruck „Besitz" statt des korrekteren, aber schleppenden „in den Händen haben" oder „Inhaberschaft" gebrauchen, so ist doch „Besitz" stets in dem hier klar gestellten Sinne zu verstehen.

---

20) Der Begriff des Inhabers ist nach den gemachten Ausführungen hier etwas anders zu verstehen als bei der Lehre von den Inhaberpapieren (B.G.B. §§ 793 ff.), wo er keine Schwierigkeiten hervorzurufen pflegt.

§ 32.

Anhang: **Glaubhaftmachung des Besitzes.**

Im Anschluß hieran erhebt sich eine weitere Frage. § 424 Nr. 5 erfordert dem Gegner gegenüber Glaubhaftmachung des Verpflichtungsgrundes, jedoch nicht des Besitzes, der vielmehr, wie jetzt allgemein angenommen wird und sich aus dem Gegensatz von Nr. 4 und 5 und der Bestimmung des § 430 per argumentum e contrario ergibt, nur beim Dritten glaubhaft zu machen ist. Zur Substantiierung des Anspruchs aus § 810 (oder 809) B.G.B. gehört in erster Linie auch der Besitz des in Anspruch Genommenen. Dasselbe ist auch bei dinglichen Ansprüchen, vor allem der rei vindicatio, der Fall[1]). Ist daher der Verpflichtungsgrund in vollem Umfang glaubhaft zu machen, so wäre in diesen Fällen auf Grund der Nr. 5 des § 424 auch der Besitz glaubhaft zu machen, dessen Glaubhaftmachung es in der Hauptsache nur bei obligatorischen Ansprüchen nicht bedürfte. Diese Konsequenz kann aber nicht gezogen werden. Denn einmal ist es gerade die Tendenz der C.P.O., über den Besitz des Gegners keinerlei Beweis oder Gegenbeweis zu fordern oder zuzulassen, sondern darüber nur durch den Vorlegungseid entscheiden zu lassen. Die Nr. 4 des § 424 dient nur dem Zwecke, den Gegner darüber zu orientieren, wann und wie er den Besitz erworben haben soll, und es darf sich aus der gemäß Nr. 4 zu machenden Angabe nicht gerade die Unmöglichkeit des gegnerischen Besitzes ergeben, der aber dadurch nicht wahrscheinlich gemacht zu sein braucht. Dann hat die C.P.O. in § 387 a. F. (s. Wortlaut oben § 2 I)

1) Wie oben § 6 II hervorgehoben, ist die Klage, die sich auf das dolo desinere possidere stützt (§ 990 B.G.B.), nicht die eigentliche rei vindicatio, sondern eine Schadensersatzklage.

die Verpflichtungsgründe aufgezählt und als Nr. 2 den der Gemeinschaftlichkeit aufgenommen. Bei diesem Grund der Gemeinschaftlichkeit war aber der Besitz nicht als Verpflichtungsgrund genannt. Daher wird man annehmen, daß die C.P.O. jetzt, wo der Grund der Gemeinschaftlichkeit sich im bürgerlichen Recht findet (§ 810 B.G.B.), darüber keine andere Meinung hat und Glaubhaftmachung des Besitzes beim Gegner nicht erfordert. Dies folgt auch daraus, daß die C.P.O. den Besitz, den sie in ihrer alten Fassung bei § 387 Nr. 2 nicht erwähnt, als allgemeines, selbstverständliches prozessuales Erfordernis ansieht, und daß sie für den Besitz beim prozessualen Vorlegungsanspruch ihre besonderen Grundsätze aufstellt, die auch dann gelten würden, wenn § 810 B.G.B. nicht denselben Besitzbegriff hätte, wie die C.P.O.[2]). Der für das Vorlegungsverfahren charakteristische Besitz, die Inhaberschaft, wird daher beim prozessualen Vorlegungsanspruch auch dann gefordert, wenn sich das materielle Recht, wie bei der rei vindicatio (§ 985 B.G.B.), stets mit mittelbarem Besitz begnügt, und ist daher immer für das Bestehen des prozessualen Anspruchs notwendig[3]).

Dieser typische, im Vorlegungsverfahren erforderliche Besitz ist ein weiterer Unterschied des materiellen vom prozessualen Anspruch. Der beim materiellen Anspruch erforderliche Besitz ist beim Gegner nicht glaubhaft zu machen, weil es auf ihn nicht ankommt, der prozessuale, weil es die C.P.O. nicht verlangt; und beim Dritten (§ 430) ist nur der prozessuale, nicht der materielle Besitz glaubhaft zu machen.

Soweit nach § 424, 430 eine Glaubhaftmachung erforderlich ist, erfolgt sie nach gewöhnlichen Grundsätzen (§ 294). Es ist daher auch eine Gegenglaubhaftmachung möglich, sowie die Vernehmung der anwesenden und gestellten Zeugen.

2) § 31 II und IV.

3) Vgl. oben § 28 I.

§ 33.

Die auf den Vorlegungsantrag ergehende Entscheidung.

I. Auf den Vorlegungsantrag gegen den Gegner bezw. den Antrag auf Herbeischaffung der in den Händen des Dritten befindlichen Urkunde hat das Gericht eine Entscheidung zu treffen. Diese Entscheidung lautet, wenn allen Erfordernissen entsprochen ist, beim Gegner auf Anordnung der Vorlegung (§ 425), beim Dritten auf Bestimmung einer Frist zur Vorlegung der Urkunde in einem von dem Beweisführer zu erwirkenden Termin (§ 431). Ob aber allen Erfordernissen entsprochen ist, das hat das Gericht, wie nicht immer genügend hervorgehoben wird[1]), stets von Amtswegen zu prüfen, auch dann, wenn ein Widerspruch gegen den Antrag nicht geltend gemacht wird, wie auch im Versäumnisverfahren der klägerische Anspruch auf seine rechtliche Schlüssigkeit von Amtswegen geprüft wird. (§ 331, 2). Das bringt die C.P.O. auch zum deutlichen Ausdruck, indem sie in § 425 sagt, „erachtet das Gericht die Tatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, für erheblich und den Antrag für begründet", in § 431 mit fast denselben Worten, „ist die Tatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, erheblich und der Antrag den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen entsprechend". Daß die Anordnung nur ergeht, wenn die zu beweisenden Tatsachen erheblich sind, ist an sich selbstverständlich, weil sonst überhaupt keine Beweisnahme angeordnet wird[2]) — oder wenigstens nicht angeordnet werden sollte. Da der Antrag nur begründet, „den Bestimmungen" des Gesetzes

1) Besonders hervorgehoben von Hellmann, Lb. S. 549 und Neukamp; vgl. auch R.G. v. 20. Dez. 97 J.W. 98 S. 71.

2) Vgl. Gaupp-Stein zu § 425 Nr. 2; Schmidt, Lb. S. 498 Anm. 1.

„entsprechend“ sein kann, wenn er seine Erfordernisse erfüllt, so folgt, daß die Vorschriften des § 424 (430) trotz des nach dem konstanten Sprachgebrauch der C.P.O. nur instruktionellen „soll“ zwingend sind und mangels derselben der Antrag nicht berücksichtigt wird; ihnen wird aber genügt, wenn der Antrag erst in der mündlichen Verhandlung, nicht schon im vorbereitenden Schriftssatz formell richtig gestellt wird[3]).

II. Der Antrag ist insbesondere dann nicht begründet, wenn aus den vorgetragenen Tatsachen sich nicht ergibt, daß ein Verpflichtungsgrund (Nr. 5 des § 424) vorliegt. Erkennt allerdings der Gegner an, daß ein Verpflichtungsgrund für ihn vorhanden sei, so ersetzt das den Mangel. Andrerseits ergibt sich aus der Pflicht des Gerichts, die zutreffende rechtliche Subsumtion von Amtswegen vorzunehmen[4]), daß auch solche rechtlichen Verpflichtungsgründe zu berücksichtigen sind, die zwar nicht von dem Beweisführer geltend gemacht sind, die sich aber aus den glaubhaft gemachten Tatsachen ergeben. Der Antrag ist daher begründet, wenn die vorgebrachten Tatsachen zwar nicht das Vorliegen eines zur Vorlegung verpflichtenden Eigentums, aber eines Gesellschaftsverhältnisses erkennen lassen. Das Gericht hat auch von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen und darauf hinzuwirken, daß, wenn der geltend gemachte Verpflichtungsgrund des Eigentums nicht durchgreift, wenn sich aber aus der Bezeichnung des Inhalts der Urkunde (Nr. 3 des § 424) die Vorlegungspflichtigkeit der Urkunde nach § 810 B.G.B. ergibt, dann der Inhalt der Urkunde als Vorlegungsgrund glaubhaft gemacht wird (vgl. oben § 30).

---

3) Um dies zum Ausdruck zu bringen, ist nach den Mot. S. 268 f. das inkorrekte „soll“ angewandt.

4) Vgl. darüber die Nachweise bei Gaupp=Stein zu § 268 Anm. 13, § 253 Anm. 25.

III. Die Entscheidung des Gerichts ist, wie § 425 und 430 ergeben, verschieden, je nachdem es die durch die Urkunde zu beweisende Tatsache für erheblich oder nicht erheblich, den Antrag für begründet oder nicht begründet hält und — beim Antrag gegen den Gegner — der Gegner den Besitz zugesteht oder leugnet.

Der präjudiziellste Entscheidungsgrund ist, wie auch die C.P.O. durch die Voranstellung und an sich überflüssige Hervorhebung der Erheblichkeit besonders einschärft, der, daß die zu beweisende Tatsache unerheblich sei (oder nicht aus dem behaupteten Inhalt der Urkunde folge). In diesem Falle ist daher der Antrag gegen Gegner oder Dritten abzulehnen, und zwar einfach durch Beschluß, auch wenn nebenbei Vorlegungsgrund und Besitz bestritten ist.

Ist der Antrag unbegründet, so wird er abgelehnt, und zwar auch dann, wenn sich der Gegner nicht erklärt hat. In letzterem Falle, sowie stets bei dem Antrag hinsichtlich des Dritten, sei es, daß er zugelassen, oder sei es, daß er abgelehnt wird, ergeht immer ein Beschluß, nicht ein Zwischenurteil (§ 303). Denn ein Zwischenstreit liegt nicht vor, wenn sich der Gegner nicht erklärt und auch nicht widerspricht[5]), und wenn die Parteien darüber streiten, ob zur Herbeischaffung der in den Händen des Dritten befindlichen Urkunde eine Frist bestimmt werden soll, so liegt ebensowenig ein der Entscheidung durch Zwischenurteil fähiger Zwischenstreit vor, wie wenn sich die Parteien im Falle des § 356 nicht einig sind.

---

5) War jedoch ein Termin, nachdem der Gegner Widerspruch erhoben hatte, zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmt und erscheint der Gegner in diesem Termine nicht, so liegt trotz nunmehrigen Nichterscheinens und Nichterklärung des Gegners ein Zwischenstreit bereits vor, und es muß ein Versäumniszwischenurteil ergehen, sei es, daß der Antrag für begründet oder unbegründet erachtet wird.

Bestreitet der Gegner, daß er die Urkunde besitze, so wird gemäß § 426 der Vorlegungseid[6]) angeordnet. Diese Anordnung ergeht aber nur, wenn der Antrag an sich begründet ist und zugelassen werden müßte. Das folgt auch aus dem Wortlaut. Wenn man § 425 und 426 hintereinander liest, so erkennt man, daß der den Anfang des § 426 bildende Konditionalsatz („bestreitet der Gegner . . .") den Gegensatz bildet zu dem Konditionalsatz in § 425 („wenn der Gegner gesteht . . . ."), daß also § 426 folgendermaßen aus § 425 zu ergänzen ist: „Erachtet das Gericht die Tatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, für erheblich und den Antrag für begründet, so hat der Gegner, wenn er bestreitet, daß die Urkunde sich in seinem Besitz befindet, einen Eid dahin zu leisten . . .".

Wird die Begründetheit des Antrags gegen den Gegner, insbesondere der zur Vorlegung verpflichtende Grund, bestritten, so liegt ein Zwischenstreit vor[7]), da es sich bei der Vorlegung um prozessuale Rechte und Pflichten der Parteien handelt. Dieser Zwischenstreit bei seiner in der Regel weitgehenden Bedeutung für den Ausgang des Prozesses bedarf einer Entscheidung durch Zwischenurteil[8]), selbst wenn man nicht auf

6) Darüber unten §§ 35 ff.

7) Nicht nur dann, wenn der Vorlegungsgrund bestritten ist, wie gewöhnlich angenommen wird (z. B. Struckmann-Koch § 424 Erl. 3). Denn die prozessuale Verpflichtung wird überhaupt bestritten, sowie die Ordnungsmäßigkeit des Antrags in Frage gezogen wird; eine Unterscheidung etwa zwischen formellen und materiellen Voraussetzungen des Antrags hätte hier keinen Wert (vgl. jedoch unten § 34 I); denn beim Fehlen einer jeden einzelnen wird der Antrag und damit der Vorlegungsanspruch abgewiesen.

8) So auch Kohler, Forschungen S. 79 f.; Foerster § 386 Nr. 3 a. F.; das Zwischenurteil empfiehlt auch v. Sarwey § 390 Erl. 1. Jedoch genügt auch die Begründung im Endurteil dann, wenn in dem Moment, in dem das Zwischenurteil zu ergehen hätte, auch der Rechtsstreit selbst entscheidungsreif ist (§ 300).

dem Standpunkt Schollmeyer's[9]) steht, daß ein Zwischenurteil stets notwendig sei, wo es zulässig sei und nicht zwingende Gründe dagegen sprechen.

IV. Wenn der Besitz des Gegners nicht bestritten war — das Zugeständnis[10]) kann unter den Voraussetzungen des § 290 widerrufen werden — so ist mit dem den Antrag für begründet erklärenden Zwischenurteil gemäß § 425 ein Beweisbeschluß über die Anordnung der Vorlegung der Urkunde zu verbinden[11]). Denn das „Editionsurteil" erübrigt nicht den Beweisbeschluß. Es ist deshalb noch nicht, wie Kohler dieser Ansicht unterstellt, eine „platonische" Entscheidung über die „Editionsgebundenheit" — der Gegner braucht überhaupt nicht gerade den Vorlegungsgrund bemängelt zu haben, sondern kann den Antrag deshalb für unbegründet halten, weil die Urkunde nicht genau genug bezeichnet sei —, sondern eine Entscheidung über die Ordnungsmäßigkeit des Antrags. In dem Tenor des Zwischenurteils selbst darf überhaupt nicht die Anordnung der Vorlegung ausgesprochen sein. Wäre dies der Fall oder die Kohler'sche Ansicht richtig, daß in dem Zwischenurteil ipso iure die Anordnung enthalten sei, so wäre überhaupt dem Gegner, da die Entscheidung des Zwischenurteils schlechthin bindend ist (§ 318 C.P.O.), der Widerruf des Geständnisses des Besitzes unmöglich, was bei der strengen Folge der Nichtvorlegung eine unerträgliche Härte wäre. Das Gericht ist nur an den Tenor des Zwischenurteils, das den Antrag für begründet erklärt, nicht an den Entscheidungsgrund der Erheblichkeit gebunden[12]),

9) Zwischenstreit § 10.

10) Die Nichtbestreitung steht hier dem Zugeständnis völlig gleich, wenn daraufhin die Vorlegung angeordnet war; andernfalls gäbe es unleidliche Verschleppungen. Aehnlich v. Sarwey § 390 Erl. 2.

11) A. M. Kohler, Forschungen S. 79—82.

12) So Gaupp-Stein § 425 II.

jedoch ist es selbstverständlich aus diesem Tenor verpflichtet, die Konsequenz zu ziehen, die Vorlegung anzuordnen, sofern es noch auf dem Standpunkt steht, das das thema probandum erheblich sei; hingegen ist das Gericht trotz des Zwischenurteils berechtigt, die Vorlegung nicht anzuordnen, wenn es nachträglich die Vorlegung für unerheblich hält. Ein Beweisbeschluß ist daher nur die Anordnung der Vorlegung der Urkunde, nicht aber die Entscheidung über den Zwischenstreit [13]).

V. Ist neben der Begründetheit des Antrags, insbesondere dem Vorlegungsgrund, auch der Besitz vom Gegner bestritten, so hat neben dem Zwischenurteil, sofern es den Antrag für begründet erklärt, auch eine Anordnung der Eidesleistung zu erfolgen [14]), da die Anordnung der Eidesleistung der Anordnung der Vorlegung ganz gleich steht, wie auch auf die Weigerung des Gegners im § 427 in beiden Fällen dieselben Rechtsfolgen gesetzt sind. Schmidt vertritt seine Meinung, daß für den Fall, daß Besitz und Vorlegungspflicht bestritten sei, lediglich der Beschluß über den Eid, jedoch kein Zwischenurteil zu ergehen habe, wobei die „Vorlegungspflicht“ in dem Beschluß zu begründen sei, ähnlich wie Kohler [15]) die seine,

---

13) Auch nicht die Bestimmung einer Frist zur Herbeischaffung der beim Dritten befindlichen Urkunde gemäß § 431. So auch Schmidt, Lb. S. 496 Anm. 3; a. M. offenbar § 775 E I B.G.B. (citiert § 31 zu Anm. 6). Jedoch sind die Termine, die demnächst für die Vorlegung der Urkunde des Dritten bestimmt sind (vgl. unten § 42 II), Termine zur Beweisaufnahme.

14) Schmidt, Lb. S. 498 Anm. 4, Wach, Vorträge 2. Aufl. S. 122, Seuffert, Erl. 1 halten das Zwischenurteil in Verbindung mit dem die Eidesleistung anordnenden Beschluß nicht für zulässig. Gaupp-Stein § 426 zu Anm. 4 ist mit der überwiegenden Meinung der Ansicht des Textes; seine gegenteilige Ansicht in § 425 I ist wohl nur ein Versehen.

15) S. oben IV.

daß das Zwischenurteil die Anordnung der Vorlegung erübrige, mit dem Hinweis darauf, ein Zwischenurteil des Inhalts, daß der Gegner zur Vorlegung verpflichtet ist, wenn er die Urkunde hat, sei undenkbar.

Diese Anschauung beruht im letzten Ende auf einer falschen Auffassung des Wortes „Vorlegungspflicht". Die Pflicht, die Urkunde im Prozeß vorzulegen, also die prozessuale Vorlegungspflicht, besteht, wie oben S. 130 erörtert, nur, wenn der Gegner besitzt. Das Zwischenurteil kann und will aber nicht darüber entscheiden, ob der Gegner zur prozessualen Vorlegung verpflichtet ist, da der Besitz noch nicht feststeht, sondern nur, ob der Antrag begründet ist, insbesondere also, wenn die materiellrechtliche Vorlegungspflicht aus § 422 bestritten ist, ob ein Vorlegungsgrund besteht[16]. Das Mißverständnis des Wortes „Vorlegungspflicht" wird allerdings dadurch befördert, daß die C.P.O. zwar in §§ 422, 423, 424 Nr. 5, 429, wenn sie von „Verpflichtung zur Vorlegung" spricht, stets an die prozessuale Pflicht denkt, daß sie aber von der Notwendigkeit des Besitzes nicht jedesmal besonders spricht, so daß man auf den Gedanken kommen kann, es handle sich um die materiellrechtliche Pflicht, bei welcher der Besitz nicht stets notwendig ist[17]. Die Worte „wenn er sie in den Händen hat" sind aber stets zu ergänzen (so in § 422 „der Gegner, wenn er die Urkunde in Händen hat, ist zur Vorlegung verpflichtet", in § 424 Nr. 5 „die Bezeichnung des Grundes, welcher die Verpflichtung zur Vorlegung der Urkunde für den Fall ergibt, daß sie der Gegner in Händen hat"). Ausdrücklich hat die C.P.O. nur das Erfordernis der Inhaberschaft in § 423 nochmals auf-

16) Darüber, ob der prozessuale Vorlegungsgrund aus § 423 vorliegt, wird in der Regel kein Streit sein. Vgl. jedoch oben § 22 zu Anm. 5.

17) Vgl. oben § 32.

gestellt („zur Vorlegung derjenigen in seinen Händen befindlichen Urkunden").

Der Vorlegungsgrund, wie man vielleicht zur Vermeidung von Mißverständnissen deutlicher sagt als „Verpflichtungsgrund", in § 424 Nr. 5 sieht aber, wie oben § 32 auseinandergesetzt, von dem Besitz völlig ab. Er kann daher zugegeben und die prozessuale Pflicht doch bestritten werden, weil kein Besitz vorhanden sei, und umgekehrt. Wird aber beides bestritten, dann ist die Feststellung des Vorlegungsgrundes das logische prius für die Anordnung des Eides. Nur wenn der Vorlegungsgrund feststeht, wird der Eid oder die Vorlegung angeordnet. Und die prozessuale Pflicht ist nur vorhanden, wenn Vorlegungsgrund und Besitz vorhanden ist.

Wenn der Gegner also erstens bestreitet, daß er die Urkunde besitze, zweitens, daß er „eventuell verpflichtet" sei, sie vorzulegen, so stehen juristisch diese beiden Bestreitungsgründe nicht im Eventualverhältnis, sondern der Gegner bestreitet erstens die Begründetheit des Antrags, zweitens den Besitz. Er leugnet zwar seine prozessuale Vorlegungspflicht durch beide Bestreitungen, da die Pflicht Besitz und ordnungsmäßigen Antrag voraussetzt. Aber der Antrag kann an sich begründet sein, auch wenn mangels Besitzes keine Pflicht vorhanden ist, und somit wird in erster Linie die Ordnungsmäßigkeit und Schlüssigkeit des Antrags bestritten, in zweiter Linie Antrag plus Besitz = prozessuale Pflicht. Nachdem daher der Antrag als solcher für begründet erklärt und zugelassen ist, bedarf es noch des Eides über den Besitz; wird er geleistet, dann ist damit festgestellt, daß keine prozessuale Pflicht vorhanden war; wird er verweigert, dann stehen damit die prozessuale Pflicht und gleichzeitig die Folgen ihrer Verletzung gemäß § 427 fest.

Das ergehende Zwischenurteil, das unabhängig vom Besitz und der prozessualen Pflicht entscheidet, „der Vorlegungsantrag ist begründet", ist daher ebensowenig hypothetisch abhängig vom Besitz, wie das Zwischenurteil, das die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit verwirft, davon abhängig ist, ob ein materieller Anspruch besteht.

§ 34.

Vorlegungsantrag und prozessuale Pflicht.

I. Es sei schließlich noch auf das Verhältnis von der auf den Vorlegungsantrag ergehenden Entscheidung und der prozessualen Pflicht des Gegners und Dritten hingewiesen. Durch die den Antrag zulassende Entscheidung, auf die der Beweisführer bei Begründetheit seines Antrags einen Anspruch (Rechtsschutzanspruch) hatte, wird nicht die Vorlegungspflicht erst begründet, sondern festgestellt, daß sie besteht und von Anfang d. h. von der Stellung des ordnungsmäßigen Antrags an bestand, wie auch das verurteilende Erkenntnis in der Regel den Anspruch nicht erst kreiert, sondern feststellt, daß er bereits bestand. Von der Stellung des Antrags an besteht daher der prozessuale Anspruch und muß auf ihn Rücksicht genommen werden[1]. Aber Gegner und Dritter können verlangen, daß ihre Verpflichtung durch eine Entscheidung des Gerichts festgestellt werde, da ihre Pflicht ja nur auf Vorlegung an das die Vorlegung wünschende Gericht geht und daher durch die diesen Wunsch ausdrückende Entscheidung erst ihren Inhalt erhält[2] und mit dem Wegfall dieser Entscheidung inhaltlos wird. Vor dem Erlaß der Entscheidung kommen daher auch Gegner und Dritter nicht in Verzug.

1) Er ist nicht etwa aufschiebend bedingt von der Entscheidung.

2) Vgl. auch unten § 41 I.

Ein Wegfall der Entscheidung ist insofern möglich, als das Gericht jederzeit berechtigt ist, die Anordnung der Vorlegung oder des Eides oder die Bestimmung der Frist, wie alle Beschlüsse, aufzuheben[3]), wenn es infolge veränderter rechtlicher Auffassung den Vorlegungsantrag nicht mehr für begründet oder erheblich ansieht; ist jedoch der Vorlegungsantrag gegen den Gegner durch Zwischenurteil für begründet erklärt, so kann es nur noch wegen mangelnder Erheblichkeit von der Anordnung der Vorlegung oder des Eides absehen oder die getroffene Anordnung aufheben[4]).

II. Das Vorlegungsverfahren als ein innerhalb des Prozesses auftauchendes summarisches, eigenartiges Prozeßverfahren, bei welchem der Antrag der Klageschrift entspricht, hat seine eigenen formellen und sachlichen Voraussetzungen. Die auf den Vorlegungsantrag ergehende Entscheidung, auch wenn sie vom Besitz absieht und absehen muß, kann, wenn sie den Antrag abweist, entweder nur auf die äußeren Voraussetzungen des Antrages eingehen und damit vollkommen der absolutio ab instantia entsprechen oder auch, indem sie den Vorlegungsgrund verneint, gleichzeitig ein sachliches Moment enthalten, wie die Abweisung wegen Nichtvorliegens des forum contractus, weil gar keine Kontraktsklage vorliege. Je nach dem Grunde der Abweisung hat die Entscheidung eine verschiedene Rechtskraft. Ist aus dem ersten Grunde wegen nur formaler Mängel abgewiesen, dann kann ein neuer ordnungsmäßiger Vorlegungsantrag gegen den Gegner gestellt werden. Andernfalls ist eine Wiederholung des hinsichtlich des Vorlegungsgrundes auf dieselben Tatsachen gestützten Antrags unzulässig, wobei es gleichgiltig ist, ob der Vorlegungsgrund aus Rechtsgründen oder wegen mangelnder

3) Diese drei Entscheidungen ergehen nach dem Vorangegangenen stets in Beschlußform.

4) Vgl. oben § 33 IV.

Glaubhaftmachung verneint worden war; doch ist ein neuer Antrag, der auf einen durch andere Tatsachen getragenen Vorlegungsgrund gestützt wird, zulässig. Denn in diesem Fall handelt es sich um einen neuen, nicht den alten, rechtswirksam aberkannten Vorlegungsanspruch.

---

2. Abschnitt.

Der Vorlegungseid und die Verletzung des prozessualen Vorlegungsanspruchs durch den Gegner.

§ 35.

Form und Fassung des Eides.

I. Wenn der Gegner den Besitz der Urkunde bestreitet, so hat er unter den im Vorhergehenden auseinandergesetzten Voraussetzungen den Vorlegungseid des § 426 zu schwören, und zwar wird derselbe von Amtswegen angeordnet, ohne daß es eines besonderen Antrages bedarf und ohne daß es dem Gegner möglich ist, einen anderen Beweis für den Nichtbesitz, dem Beweisführer, einen anderen Beweis für den Besitz des Gegners zu führen [1]; letzteres nicht nur aus dem historischen Grunde, weil der Eid ein letzter Rest des germanischen Unschuldseides ist, sondern auch aus dem praktischen, weil andere Beweismittel dem beschleunigten summarischen Charakter des Verfahrens widersprechen würden. Mit der Leistung des Eides oder seinem Erlaß steht fest, daß kein Besitz und daher kein prozessualer Anspruch vorhanden ist und auch keine Verletzung des Anspruchs stattgefunden hat. Mit der Ver-

1) Vgl. darüber die Kommentare und Lehrbücher. Auch ein anderer Beweis für die Vernichtung in böser Absicht (s. unten) und die Wissenschaft des Gegners über den Verbleib der Urkunde ist ausgeschlossen.

weigerung des Eides oder der Nichtbefolgung der Anordnung, die Urkunde vorzulegen, die nur beim Nichtbestreiten des Besitzes ergehen konnte, steht das Vorhandensein eines prozessualen Anspruchs und gleichzeitig seine Nichterfüllung oder Verletzung fest, und es treten sofort ohne Zwangsvollstreckung die als Strafe gedachten Beweisfolgen des § 427 ein.

Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Beweisführer den Besitz des Gegners als zur Substantiierung seines prozessualen Vorlegungsanspruchs erforderlich[2]) zu beweisen. Das wird aber auch durch das Verfahren klar zum Ausdruck gebracht; denn der Gegner hat stets das Recht — allerdings auch die Pflicht — zur Leistung des Vorlegungseides und das Recht einer Partei zur Eidesleistung bedeutet eben, trotzdem der Vorlegungseid kein zugeschobener Eid ist und nicht zurückgeschoben werden kann, die Beweislast der Gegenpartei.

Der Vorlegungseid besteht aus drei kumulativen Verneinungen und lautet:

> „daß er (der Gegner) nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Urkunde in seinem Besitze sich nicht befinde, daß er die Urkunde nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer zu entziehen, daß er auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde." (§ 426, 1).

Nach Absatz 2 kann das Gericht eine der Lage der Sache entsprechende Aenderung der Eidesnorm beschließen, eine Befugnis, von der nur in zwingenden Fällen Gebrauch gemacht werden darf.

II. Alle drei Teile des Eides zeigen Eigenarten des prozessualen Anspruchs und der besonderen Situation.

---

2) Vgl. oben § 28 I.

Der erste Teil betr. die Abschwörung des Besitzes wird niemals in der Veritätsform geschworen, auch wenn der Besitz „Gegenstand der Wahrnehmung" des Schwurpflichtigen war (§ 459, 1), sondern stets in der Ueberzeugungsform des § 459, 2, nur daß es statt „nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung" heißt „nach sorgfältiger Nachforschung". Der Eid ist aber ein notwendiger und muß stets in der genannten Form geschworen werden, obgleich der Besitz einer Urkunde u. U. — etwa wenn man auf irgend welche Weise eine größere Kiste mit Dokumenten erhalten hat — nicht Gegenstand der Wahrnehmung des Schwurpflichtigen gewesen zu sein braucht und es sogar zweifelhaft ist, ob er stets auch nur Wahrnehmung seiner Rechtsvorgänger gewesen sein muß und der Eid darüber überhaupt in allen Fällen nach § 445 zulässig ist, und obgleich im letzteren Fall (Gegenstand der Wahrnehmung der Rechtsvorgänger) der Eid an sich in der erleichterten Ueberzeugungsform des § 459, 3 (nicht die Ueberzeugung erlangt, daß die Urkunde sich in seinem Besitze befinde) zu schwören wäre.

Der Eid enthält daher nicht sowohl das Ergebnis vergangener Wahrnehmung als in erster Linie das Gebot „forsche nach". Darin kommt in juristisch sehr feiner Weise zum Ausdruck, daß beim Vorlegungsverfahren gegen den Gegner Erkenntnisverfahren und etwaige Zwangsvollstreckung, bestehend in der Folge der Eidesverweigerung, zusammenfällt, daß also der Gegner nicht zunächst abwarten kann, ob ihm der Anspruch mit zulässigen Beweismitteln bewiesen wird, sondern den prozessualen Vorlegungsanspruch, falls er besteht, bereits im Erkenntnisverfahren befriedigen und daher auf jeden Fall nachforschen muß, wie im Zwangsvollstreckungsverfahren, wo bereits die Pflicht festgestellt ist. Aus dieser Verbindung von Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung sowie aus Inhalt und Fassung des Vorlegungseides folgt aber wiederum,

daß andere Beweismittel als der Vorlegungseid im Vorlegungsverfahren gar nicht denkbar sind und daß der Vorlegungseid sich jeder Zurückschiebung entzieht.

Im zweiten Teil hat er eine Verletzung des prozessualen Anspruchs abzuschwören; denn wenn er auch die Urkunde zur Zeit des Eides nicht besitzt, kann doch der prozessuale Anspruch zur Zeit der Stellung des Vorlegungsantrags bestanden haben, so daß möglicherweise eine Verletzung des prozessualen Anspruchs stattgefunden hat. Das Wort „Absicht" ist im Sinne des Strafrechts zu verstehen, bedeutet also nicht nur so viel wie Vorsatz, sondern verlangt auch, daß die Erschwerung oder Vereitelung der Beweisführung der Zweck und das Motiv des Abhandenbringens war; denn wenn man befugterweise eine Urkunde verkauft, sieht man stets schließlich auch die Erschwerung der Beweisführung für die beweisführende Partei voraus.

III. Eigenartig ist auch der dritte Teil des Eides, der die Wissenschaft über den Verbleib der Urkunde verneint. Es folgt daraus die Pflicht, die Wissenschaft über den Verbleib der Urkunde anzugeben. Eine derartige Angabepflicht ist in keinen Parteieid des Erkenntnisverfahrens aufgenommen, sondern nur in den Offenbarungseid des § 883 (vgl. § 807), so daß auch hier sich wieder das Moment der anticipierten Zwangsvollstreckung im Vorlegungsverfahren zeigt. Denn an sich ist eine derartige Angabepflicht gar nicht vorhanden, da es genügt, wenn der Gegner selbst nicht verpflichtet ist, und sonst keine Partei dazu angehalten wird, der anderen Beweismittel gegen sich und eine Handhabe zum Vorgehen gegen andere zu verschaffen. Die Vorschrift dient aber dazu, dem Beweisführer ein Vorgehen gegen einen etwaigen dritten Inhaber der Urkunde zu ermöglichen und somit, analog der Zwangsvollstreckung, den Anspruch zu realisieren.

Wie ist nun der Eid zu fassen, wenn der Gegner den dritten Teil des Vorlegungseides nicht schwören kann, da er den Verbleib der Urkunde weiß und angeben will? Es erscheint nicht richtig, den dritten Teil des Eides einfach fortzulassen; denn das hätte zur Folge, daß der Schwurpflichtige einfach etwas vorschwindeln könnte; und die Verletzung seiner moralischen Pflicht zur Angabe der Wahrheit, worauf ihn der Richter aufmerksam zu machen hätte, hätte jedenfalls keine strafrechtliche Folge, da die Angabe über den Verbleib nicht durch den Eid gedeckt wäre. Den Eid erst dann abzunehmen, wenn sich die Wahrheit der Angabe herausgestellt hätte, bezw. ihn andernfalls für verweigert anzusehen, geht auch nicht an, da eine Nachprüfung der Wahrheit ein nicht gewolltes Moment der Verzögerung in das Verfahren hineinbringen würde und auch meist unmöglich wäre. Es ist daher erforderlich, daß die Angabe in den Eid aufgenommen wird[3]), der diesfalls etwa am besten in der aus dem alten Credulitätseid übernommenen Form[4]) zu lauten hat:

„daß er nicht anders wisse, als daß die Urkunde sich da und da befinde“

oder, wie bereits in der Hannoverschen Kommission von einem Mitglied im Anschluß an die im H.E. bestehende Form des Offenbarungseides in Erwägung gezogen war[5]): „daß er auch nicht wisse, daß die Urkunde sich anderswo, als er angegeben habe, befinde“.

Auch die österr. C.P.O. bietet durch die eidliche Abhörung über den Besitz oder den Ort, wo sich die Urkunde

3) So auch Reincke zu §§ 421—427 II 2 b.

4) Vgl. Wetzell § 25 Anm. 50 ff., insbes. Anm. 58.

5) H.P. 5772; die Worte „nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung“ (§ 459) hineinzunehmen, ist nicht angängig, da dem Gegner nicht eine Erkundigungspflicht im Interesse des Beweisführers obliegt, wenn er selbst nicht besitzt.

befindet (§ 307), ein Mittel, um den Verbleib wahrheitsgemäß festzustellen. Die positive Angabe der etwaigen Wissenschaft aufzunehmen, dürfte sich übrigens auch stets beim Offenbarungseid des § 883 empfehlen, wie das auch die österr. Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896 tut[6]).

§ 36.

Der Vorlegungseid im Verhältnis zu § 444 C.P.O.

I. Den Fall, daß der Vorlegungseid verweigert oder die Urkunde nicht vorgelegt wird, regelt § 427, welcher lautet:

„Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten, nicht nach, so ist, wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat, diese Abschrift als richtig anzusehen. Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden“.

Außerdem bestimmt § 444, der als letzter Paragraph auch im selben Titel der C.P.O. über Beweis durch Urkunden besteht:

„Ist eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, deren Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden“.

Man könnte nun denken, daß in § 444 ganz oder teilweise dieselben Fälle gemeint sind, als in § 426, wo der

6) § 47: „. . . so hat er auf Antrag unter Eid anzugeben, wo sich diese Sache befinde oder daß er sie nicht besitze und auch nicht wisse, wo sie sich befinde.“

Gegner[1]) schwören muß, daß er die Urkunde nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer zu entziehen.

Die Beweisregel, die § 444 als Strafe für das illoyale Verhalten der Partei aufstellt, entspricht derjenigen, die § 427 als mildere für den Fall aufstellt, daß eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht ist (die Behauptungen über Beschaffenheit und Inhalt **können** als richtig angesehen werden), während in § 427 S. 1 für den Fall der Beibringung einer Abschrift eine schwerere Beweisregel aufgestellt ist (die Abschrift **ist** als richtig anzusehen[2]). Soweit über das Verhältnis von § 444 zum Vorlegungsverfahren eine Ansicht ausgesprochen wird, ist es auch die, daß die Bedeutung des § 444 darin bestehe, daß, wenn seine Voraussetzungen selbständig bewiesen werden können, es nicht des Vorlegungseides bedürfe, sondern seine Folge ohne Weiteres Anwendung fände, daß andernfalls aber das Vorlegungsverfahren stattzufinden und in diesem stets nur die Beweisfolge des § 427, nicht des § 444 Anwendung zu finden habe[3]).

II. § 444 findet, wie allgemein anerkannt ist, nur dann Anwendung, wenn die Urkunde von dem Beweisführer in dem Prozeß hätte benutzt werden können „durch eigene Vorlegung oder durch Vorlegung von dem Gegner oder einem

1) Das Wort „Gegner" in § 444 bedeutet die Partei, die im Vorlegungsverfahren „Beweisführer" heißt.

2) Vgl. noch unten § 37 I u. IV a. E.

3) So Gaupp-Stein § 444 III a. E.; Reincke § 444 Erl. 2; v. Sarwey § 392 a. F. Erl. 2; Förster § 409 a. F. Erl. 2. Umgekehrt wurde gar H.P. 2482 von einem Mitgliede die seltsame Auffassung vertreten, daß sich der jetzige § 444 (§ 359 des Referentenentwurfs) nicht nur auf den Fall beziehe, daß die Urkunde von vornherein vernichtet war, sondern auch auf den, daß sie erst nach Stellung des Vorlegungsantrages vernichtet werde.

Dritten"[4]), denn sonst ist die Urkunde nicht dem Beweisführer zu Benutzung entzogen, letzterer also nicht objektiv geschädigt.

Bezögen sich nun § 444 und § 426 teilweise auf dieselben Fälle, so daß die Urkunde im Sinne des § 426 in böslicher Absicht abhanden gebracht wäre, wenn die Urkunde vor Stellung des Vorlegungsantrags vernichtet ist, dann könnte der Gegner diesfalls den Eid nicht leisten, und er käme besser fort, wenn auf ihn § 444 mit seiner milderen Beweisregel Anwendung fände, als wenn die in § 427 normierte Folge der Eidesverweigerung.

Sähe also der Gegner, der die Urkunde böslich vernichtet hat, voraus, daß der Beweisführer einen begründeten Vorlegungsantrag stellen werde, so wäre es das Klügste von ihm, einem Vorlegungsantrag vorzubeugen, da auf ihn, wenn er vor Stellung des Antrags die bösliche Vernichtung gesteht, § 444, andernfalls § 427 Anwendung fände; der Beweisführer aber, sofern er überzeugt ist, daß der Gegner einen Meineid nicht leisten werde und eine Abschrift der Urkunde beibringen kann, käme umgekehrt besser fort, dies scheinbar dem Gegner ungünstige Vorbringen zu bestreiten und den Weg des Vorlegungsverfahrens zu gehen.

Aus diesen Gründen schon erscheint es nicht richtig, anzunehmen, daß § 426 und § 444 sich teilweise auf dieselben Handlungen des Abhandenbringens einer Urkunde beziehen können, und daß dieselbe Handlung je nach der Art des eingeschlagenen Verfahrens verschiedene Rechtsfolgen haben soll.

III. Dazu kommt noch Folgendes. Durch das Vorlegungsverfahren gegen den Gegner und den Vorlegungseid soll festgestellt werden, ob der Beweisführer einen prozessualen Vorlegungsanspruch gegen den Gegner hat, der nicht erfüllt oder verletzt worden ist, eventuell soll der dritte Teil des

4) Gaupp-Stein § 444 II, unten V.

Eides ergeben, ob gegen sonst jemanden ein Anspruch geltend gemacht werden kann. Ein prozessualer Anspruch ist aber nur vorhanden gewesen und entstanden, wenn der Gegner (oder auch Dritte) zur Zeit der Stellung des Vorlegungsantrags noch Inhaber der Urkunde war (arg. § 424 Nr. 4, vgl. oben § 28 I). Das Gericht ging, wenn es den Antrag überhaupt zuließ und den Eid anordnete, davon aus, daß der Gegner Besitz hatte, der zwar nicht bei ihm, aber bei einem Dritten sogar glaubhaft zu machen ist. Wenn bereits zur Zeit der Stellung des Vorlegungsantrags festgestanden hätte, daß die Urkunde vom Gegner mit oder ohne böse Absicht vernichtet war, dann wäre ein Vorlegungsverfahren überhaupt unmöglich gewesen und jeder Vorlegungsantrag a limine abgewiesen worden. Wenn mangels Besitzes kein prozessualer Anspruch vorhanden ist oder vorhanden war, muß demnach der Gegner in dem Vorlegungsverfahren obsiegen.

Es wäre daher ganz unerklärlich und unlogisch, daß der Gegner den Vorlegungseid nicht sollte schwören können und im Verfahren unterliegen müssen, wenn er bereits vor Stellung des Antrags die Urkunde in böslicher Absicht vernichtet und gar keinem prozessualen Anspruch zuwider gehandelt hatte. Dies wäre um so wunderbarer, als, wenn es sich um eine nach § 810 B.G.B. vorlegungspflichtige Urkunde handelt, mangels einer Geltendmachung des materiellen Anspruchs auch nicht einmal einer materiellrechtlichen Pflicht zuwider gehandelt ist[5]), so daß es, von § 444 abgesehen, überhaupt an einer positiven Bestimmung fehlte, auf Grund deren er plötzlich mit der schwerwiegenden Strafe des § 427 bedacht werden sollte.

Hiernach kommen wir zu dem Ergebnis, daß sich der zweite Teil des Vorlegungseides nicht auf die Zeit vor der

---

5) Vgl. oben § 6 I.

Stellung des Vorlegungsantrags bezieht, da zu dieser Zeit überhaupt noch kein prozessualer Anspruch vorhanden war, und daß der Eid geschworen werden kann, wenn vor der Stellung des Antrags die Urkunde vom Gegner in der Absicht abhanden gebracht worden ist, ihre Benutzung dem Beweisführer zu entziehen.

Aus praktischen Gründen wird man jedoch trotz des Mündlichkeitsprinzips im Sinne dieser Ausführung den Vorlegungsantrag, analog dem § 423, bereits in dem Zeitpunkt gestellt ansehen müssen, in dem er im vorbereitenden Schriftsatz gestellt oder angekündigt ist, damit es unter den Eid fällt, wenn der Gegner sofort nach Ankündigung des Antrags die Urkunde vernichtet.

IV. § 444 bezieht sich im Gegensatz dazu lediglich auf die Zeit außerhalb des Vorlegungsverfahrens, das mit der Stellung des Antrags beginnt und mit der Vorlegung der Urkunde oder Verweigerung von Vorlegung oder Eid endet, d. h. insbesondere auf den Fall, daß vor dem Antrag die Urkunde vernichtet ist, jedoch auch auf den, daß der Gegner nach Beendigung des Vorlegungsverfahrens die Urkunde in die Hände bekommen und vernichtet hat.

Trotz der Behauptung des Gegners, er habe die Urkunde in böslicher Absicht vernichtet, kann also der Beweisführer auf dem Vorlegungsverfahren bestehen. Stehen aber die Voraussetzungen des § 444 bereits fest, auf Grund etwaiger Beweisaufnahme oder der übereinstimmenden Behauptungen der Parteien, dann ist für das Vorlegungsverfahren kein Raum.

Für die etwaige, nach Stellung des Vorlegungsantrags im Vorlegungsverfahren erfolgte Vernichtung in böser Absicht d. h. für die Verletzung des prozessualen Anspruchs ist der Vorlegungseid, ebenso wie für den Besitz, das einzige Beweismittel, während für die vorher oder nachher erfolgte Vernichtung gemäß § 444 jedes Beweismittel zugelassen ist.

Andererseits sind die Voraussetzungen des § 444 auch schwerer zu beweisen als die des prozessualen Vorlegungsanspruchs; denn während bei letzterem hinsichtlich des Vorlegungsgrundes Glaubhaftmachung genügt (§ 424 Nr. 5), bedarf es bei § 444 des vollen Beweises der Benutzungsmöglichkeit, also wenn es sich um eine im Besitz des Gegners befindlich gewesene Urkunde handelt, des gegen den Gegner bestehenden materiellen Anspruchs [6]), kraft dessen er die Urkunde durch Vorlegungsantrag gegen ihn hätte benutzen können.

Die Voraussetzung des § 444 ist daher, abgesehen davon, daß der Beweisführer hinsichtlich der Beseitigung nicht auf den Eid des Gegners angewiesen ist, schwerer zu beweisen, als die Voraussetzung des prozessualen Vorlegungsanspruchs. Auch dieser Unterschied deutet darauf hin, daß der Eid des § 426 sich nicht auf eine vor Stellung des Vorlegungsantrags geschehene Verletzung des Vorlegungsanspruchs bezieht; denn, da der Antrag für begründet erklärt wird, wenn der Vorlegungsgrund glaubhaft gemacht wird, woran nicht besonders strenge Anforderungen zu stellen sind [7]), so kann es geschehen, daß der Antrag zugelassen und der Eid angeordnet wird, obgleich tatsächlich gar kein Vorlegungsgrund vorhanden war. Wird nun dadurch der Gegner gezwungen, eine an sich nicht vorlegungspflichtige Urkunde vorzulegen, dann ist der Schaden nicht weiter groß; hat er aber eine solche Urkunde vernichtet, um ihre Benutzung dem Beweisführer zu entziehen, so könnte er nach der hier bekämpften Auffassung den Eid nicht leisten und erlitte die Nachteile des § 427, obgleich er in Wirklichkeit gar keiner Rechtsnorm zuwider gehandelt hat.

---

6) Bei § 810 B.G.B. also des die Vorlegungspflicht begründenden Inhalts!

7) Oben § 30.

V. Es fragt sich nunmehr, welches die positive Bedeutung des § 444 im Verhältnis zum prozessualen Vorlegungsanspruch und zum Vorlegungsverfahren ist.

§ 444 bedroht mit prozessualer Strafe die in böslicher Absicht erfolgte Beseitigung oder Untauglichmachung einer Urkunde, die von dem Beweisführer hätte benutzt werden können. Es ist daher gleichgiltig, ob sich die beseitigte Urkunde bei dem Beweisführer, dem Gegner oder einem Dritten befunden hat; nur muß der Beweisführer tatsächlich oder rechtlich in der Lage gewesen sein, die Urkunde zu benutzen. Es ist also nicht erforderlich, daß ein Anspruch auf die Urkunde vorhanden gewesen ist, und es fällt unter § 444, wenn die vernichtete Urkunde bei einem guten Freunde des Beweisführers sich befand, der sie jederzeit dem Beweisführer zur Verfügung gestellt hätte; nur muß letzteres bewiesen werden. In diesem letzteren Fall würde also die in böslicher Absicht erfolgte Vernichtung die Folge des § 444 nach sich ziehen, obgleich der Beweisführer einen materiellrechtlichen Schadensersatzanspruch gegen den Gegner in keiner Weise hätte, da er mit ihm hinsichtlich der Urkunde in keinem Rechtsverhältnis stand und auch nicht sein Recht verletzt worden ist.

Von dem Fall abgesehen, daß sich die beseitigte Urkunde bei dem Beweisführer selbst oder einem ohne rechtliche Verpflichtung zur Vorlegung bereiten Dritten befand, daß also die tatsächliche Vorlegungsmöglichkeit beseitigt wurde, trifft § 444 nur die Fälle, in denen das Entstehen eines prozessualen Vorlegungsanspruchs gegen den Gegner oder einen Dritten verhindert wurde: Dadurch daß die Urkunde beseitigt wurde, daß also kein Besitz auf Seiten einer bekannten oder erreichbaren Person vorhanden war, ist die Geltendmachung eines prozessualen Anspruchs dem Beweisführer unmöglich gemacht worden. Man könnte vielleicht auf den Gedanken kommen, den Gegensatz so zu fassen, daß § 427 die Verletzung

des prozessualen, § 444 die des materiellen Anspruchs treffe. Doch ist das nicht richtig. Denn § 444 findet einerseits nur dann Anwendung, wenn der materielle Anspruch gerade in seiner Bedeutung für den Prozeß verletzt wird, während die Verletzung des materiellen Informationszwecks nichts schadet, andrerseits auch dann, wenn, wie bei § 810 B.G.B., ein materieller Anspruch gar nicht geltend gemacht ist, sondern nur geltend gemacht werden könnte und das Recht, einen materiellen Anspruch zur Entstehung zu bringen, als Grundlage eines prozessualen Anspruchs dienen würde[8]). Es ist daher auch nicht richtig, daß im Falle des § 444 stets ein civilrechtlicher Schadensersatzanspruch vorhanden sein muß[9]), denn, falls der Gegner eine in seinem Besitz befindliche nach § 810 vorlegungspflichtige Urkunde vor Geltendmachung eines Anspruchs aus § 810 B.G.B. oder eine solche bei einem Dritten befindliche Urkunde selbst in böser Absicht vernichtet, so hat der Vorlegungssucher noch nicht ohne weiteres einen Schadensersatzanspruch[10]).

Beim Vorlegungsverfahren handelt es sich daher um Bestehen oder Verletzung, bei § 444 um Vereitelung des prozessualen Anspruchs. Denn der prozessuale Anspruch selbst kann nur dann entstehen, wenn bei Stellung eines Vorlegungsantrags im Prozeß neben einem Vorlegungsgrund auf Seiten des Gegners oder eines Dritten Besitz vorhanden ist. Gleichgiltig ist es für § 444, ob die Vereitelung eines pro-

8) Vgl. oben § 26 zu Anm. 10.

9) Wie Gaupp-Stein § 444 I anzunehmen scheint. N.D.P. 971 drückte sich der Referent etwas unklar dahin aus, daß in dem vorausgesetzten Fall häufig ein sogar strafrechtlich zu ahndendes Verbrechen vorliegen werde, aus welchem unzweifelhaft eine Verpflichtung zum Ersatz des vollen Interesse entspringe. Aber diese materielle Ersatzpflicht hilft während des Prozesses gar nichts (vgl. unten VI) und nach demselben erst recht nichts, vgl. oben § 28 Anm. 9.

10) Vgl. oben § 6 I, insbes. Anm. 4; § 6 II.

zessualen Anspruchs, der aus einem materiellen Vorlegungsgrund, oder eines solchen, der aus dem Grunde der Bezugnahme entsprungen wäre, stattgefunden hat; es fällt also darunter, wenn eine Partei auf die Urkunde Bezug genommen, aber sie dann rasch vor Stellung eines Vorlegungsantrags von Seiten der Gegenpartei vernichtet hat, weil sie ihre Benutzung fürchtete. Es ist ferner gleichgiltig, ob die Beseitigung, wozu natürlich auch die Verbringung der Urkunde an einen schwer erreichbaren Ort (Ausland[11])) gehört, oder Untauglichmachung vor dem Prozeß oder während der Dauer des Prozesses stattgefunden hat. Auf diesem Standpunkt stand offenbar auch bereits der Norddeutsche Entwurf[12]), und dort[13]) war bereits die durchaus zutreffende Ansicht vertreten, daß die schärfere Beweisfolge des jetzigen § 427 deshalb gerechtfertigt sei, weil einem prozessual geltend gemachten Editionsanspruch zuwider gehandelt sei, während bei dem jetzigen § 444 die Vernichtung auch außerhalb des Prozesses erfolgt sein könne[14]). Dafür spricht auch, daß der Hannoversche Entwurf ursprünglich auch die fahrlässige Verletzung der Urkunde mit der Strafe des § 444 bedrohen wollte, wobei allerdings übersehen war, daß die Strafbestimmung nur am Platz ist, wenn die Verletzung im Hinblick auf den Prozeß geschah, und von einem derartigen Motiv bei Fahrlässigkeit nicht die Rede sein kann.

§ 444 erfordert, wie er objektiv die Vereitelung des prozessualen Anspruchs trifft, auch den hierauf gerichteten prozessualen Dolus, die Absicht, die Benutzung der Urkunde als Beweismittels dem Gegner (nicht einem Dritten) zu ent-

11) Vgl. unten § 44 III.

12) N.D.E. § 575, N.D.P. S. 572.

13) N.D.P. S. 572.

14) Gaupp-Stein § 444 III hält umgekehrt § 444 für den schwereren Fall.

ziehen; es genügt nicht eine solche Absicht, die dem Gegner die Information oder eine sonstige Benutzung unmöglich machen will. Er ist also eine spezifisch prozessuale Strafbestimmung, die naturgemäß nur gegen den Gegner, nicht gegen einen Dritten Anwendung finden kann, und hat, wie bereits hervorgehoben, nichts damit zu tun, ob auch ein materiellrechtlicher Schadensersatzanspruch besteht. Dagegen ist nicht für die durch § 444 bedrohte Handlung das besondere Merkmal der Rechtswidrigkeit erforderlich, wie Gaupp-Stein § 444 II 2 meint; sie ist eben rechtswidrig, auch wenn sie der Eigentümer der Urkunde vorgenommen hat, weil sie aus keinem anderen Grunde vorgenommen ist als aus dem dolosen, der Gegenpartei die Beweisführung zu erschweren[15]), und daher gegen § 444 verstößt; ein Recht zu dieser Handlung ist begrifflich ausgeschlossen.

VI. Durch § 444 wird natürlich u. U. auch eine — vorsätzliche — Verletzung des materiellen Anspruchs getroffen. Das ist um so wünschenswerter; denn wegen der Verletzung des materiellen Vorlegungsanspruchs kann praktisch ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Gegner nicht selbständig vor dem Hauptprozeß erhoben werden, weil der durch den Verlust der Urkunde entstandene Schaden darin besteht, daß der Hauptanspruch nicht bewiesen werden kann, weil aber ein Schaden nur entstanden ist, wenn der Hauptanspruch bestand, der mithin bewiesen werden müßte, und weil, wenn er bewiesen würde, ja wiederum kein Schaden entstanden wäre, und so weiter in infinitum nach Analogie des bekannten logischen Trugschlusses: „Alle Kreter lügen, sagte ein Kreter“[16]).

15) Das ähnelt den gegen den Chikaneparagraphen (§ 226 B.G.B.) verstoßenden Handlungen, bei denen wir auch Schadensersatzanspruch gegeben haben, wenn ein materieller Anspruch aus § 810 B.G.B. noch nicht bestand. Siehe oben § 6 I.

16) Anders ausgedrückt: Der Beweis des durch den Verlust eines

Nach dem Hauptprozeß kann aber auch kein Schadensersatzanspruch erhoben werden[17]).

Ein Anspruch wegen fahrlässiger Verletzung der Urkunde als Beweismittels[18]) wird also, abgesehen von dem Makulaturwert, nach Lage der Gesetzgebung dem Gegner gegenüber wie auch Dritten stets illusorisch sein[19]), Dritten gegenüber sogar auch ein Anspruch wegen vorsätzlicher Vernichtung; aber das wird sich auch schwer ändern lassen. Einen originellen Versuch in dieser Richtung hat einmal ein Gericht[20]) gemacht; es hat ohne Rücksicht darauf, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit, eine Vernichtung der Urkunde oder bloßer Verzug vorlag, die Folgen der Kontumaz hinsichtlich der Urkundenedition auch bei einer materiellen präparatorischen Editionsklage eintreten lassen, die in Hinsicht auf einen künftigen Streit mit dem Editionsbeklagten angestrengt wird, und dadurch dem Editions-

Beweismittels entstandenen Schadens setzt den Beweis der Existenz desjenigen voraus, was durch das Beweismittel bewiesen werden sollte.

17) Vgl. oben Anm. 9 und § 28 Anm. 9.

18) Nicht als Trägerin des Rechts.

19) Die Anwendung von § 287 C.P.O. dem Gegner gegenüber ist nicht angängig; ob man die Bestimmung dem Dritten gegenüber zur Anwendung bringen kann, ist fraglich. Dem Dritten gegenüber kommt nur der § 28 Anm. 11 behandelte Fall in Betracht, daß man infolge des Verlustes der Urkunde den Prozeß gegen den Gegner verloren hat, nachträglich aber ihren Inhalt beweisen kann. Dem Dritten gegenüber kann allenfalls noch als nachweisbar der Vermögensschaden in Betracht kommen, den man dadurch erlitten hat, daß man infolge des Verlustes der Urkunde auf den Weg des Urkunden- und Wechselprozesses hat verzichten müssen und der Schuldner nach Erlaß des Urteils im länger dauernden ordentlichen Prozeß zahlungsunfähig geworden war. Ein Schadensersatzanspruch lediglich wegen Verzuges hinsichtlich des prozessualen oder materiellen Vorlegungsanspruchs (vgl. oben §§ 6 I, 28 III) bereitet hingegen keine besonderen Schwierigkeiten, da in diesem Falle ja die Urkunde selbst noch vorhanden und durch sie bewiesen werden kann, welcher Schaden durch ihre Vorenthaltung entstanden ist.

20) S.A. 18 Nr. 274.

kläger die Entschädigungsklage und Zwangsvollstreckung ersparen wollen. Aber auf diesem weder dem früheren gemeinen noch dem jetzigen Recht entsprechenden Wege läßt sich das Ziel eines praktisch wirksamen Schutzes des Entschädigungsanspruchs wegen der Verletzung von Urkunden nicht erreichen.

VII. Es sei noch bemerkt, daß der Gegner, wenn er die Urkunde vor Stellung eines Vorlegungsantrages vernichtet hat, die Tatsache der Vernichtung angeben muß; denn er weiß ja, wo die Urkunde verblieben ist. Auf diese Weise erfährt der Beweisführer durch den Vorlegungseid genug, um weitere geeignete Schritte in der Richtung auf § 444 einzuschlagen, so daß nicht unsere Ansicht über das Verhältnis von § 444 und 426 dazu führt, daß das illoyale Verhalten des Gegners durch Schwörung des Vorlegungseides verdeckt wird, sondern es im Gegenteil dem Beweisführer ermöglicht wird, die Vernichtung in böser Absicht auch eventuell durch andere Mittel als den Eid zu beweisen.

§ 37.

Folgen der Verletzung des prozessualen Anspruchs oder seiner Vereitelung. Inhalt der Beweisregel des § 427 C.P.O. im Allgemeinen.

I. Wenn der Gegner den Vorlegungseid nicht leistet oder die Urkunde auf geschehene Anordnung nicht vorlegt, so treten die Beweisfolgen des § 427 ein. Beide Fälle stehen sich vollkommen gleich und haben dieselbe Rechtsfolge. In beiden Fällen hat eine Verletzung oder Nichterfüllung des prozessualen Anspruchs stattgefunden, wenn auch bei Verweigerung des Vorlegungseides mit seinen drei Negativen nicht feststeht, in welcher Richtung[1]). Im Falle der Verletzung oder Nichterfüllung des prozessualen Anspruchs ist, „wenn der Beweis-

1) S. noch unten § 38 II.

führer eine Abschrift beigebracht hat, diese Abschrift als richtig anzusehen. Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden." Die erstere Beweisregel ist obligatorisch, die zweite fakultativ in das Ermessen des Gerichts gestellt; die zweite fakultative findet auch Anwendung im Falle des § 444 bei Vereitelung des prozessualen Anspruchs[2]). Es ist hiernach ganz selbstverständlich, daß die Beweisregel im Fall des Satz 1 die schärfere und umfassendere ist, da ja der Beweisführer durch Beibringung der Abschrift sich besonders gut orientiert gezeigt hat. Sie findet aber nur Anwendung,

2) Die österr. C.P.O. enthält in § 307 bei Ablehnung der eidlichen Abhörung (vgl. oben § 35 III) oder Ungehorsam gegen die Anordnung der Vorlegung oder bei absichtlicher Vernichtung keine Beweisregel wie § 427, sondern schreibt nur freie Beweiswürdigung vor. Eine dem § 427 ähnliche Beweisregel enthielt übrigens bereits die lex 2 § 1 de iure fisci (D. 49, 14) nach der zutreffenden Interpretation von Demelius (S. 272—282): Wenn der Gegner des Fiskus die Urkunde, die den Fiskus betrifft, nicht vorlegt, dann soll der behauptete Inhalt als wahr gelten. Die schroffere Folge der deutschen C.P.O. erscheint richtiger, wenn sie auch in § 427 S. 1 eine Durchbrechung des Prinzips der freien Beweiswürdigung enthält, als der Standpunkt des österreichischen Gesetzes; denn das Vorlegungsverfahren und die Verletzung des prozessualen Anspruchs muß einen bestimmten Erfolg haben (vgl. unten II). Andernfalls bei lediglich freier Beweiswürdigung, wie im Falle des § 45 H.G.B. (s. oben § 23 III), bringt erfahrungsgemäß der Gegner allerlei Entschuldigungen für die Nichtvorlegung vor und sieht zunächst einmal zu, wie das Gericht dieselben aufnimmt. Die übertriebene Rücksichtnahme auf das individuelle Interesse des Urkundenbesitzers, wie sie noch in der Reichstagskommission zu Tage trat (vgl. K.P. 157 f.), entspricht nicht dem sozialen Zuge der Zeit (vgl. oben § 5 II) und ist auch meistens unbegründet, da, falls ein Vorlegungsanspruch besteht, gewöhnlich dem Urkundeninhaber durch die Vorlegung kein erheblicher Schaden zugefügt wird, wenigstens nach deutschem Recht, wo nur bestimmte Gründe zur Vorlegung verpflichten (vgl. oben § 25 Anm. 2).

was nicht hervorgehoben zu werden pflegt, „wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat," d. h. wenn die Beibringung der Abschrift schon mit dem Vorlegungsantrag (§ 424 Nr. 3), jedenfalls vor Anordnung der Eidesleistung erfolgt ist; denn sonst könnte ja der Umstand der Eidesverweigerung dazu benutzt werden, um wesentliche Erklärungen, die gar nicht darin standen, in die Urkunde hineinzubringen; auch wird durch die vorherige Beibringung der Abschrift dem Gegner die Prüfung ermöglicht, ob er vorlegen soll oder die ihm vielleicht unangenehme Vorlegung des Originals dadurch vermeiden kann, daß er durch Verweigerung des Eides die wahrheitsgetreue Abschrift gegen sich gelten läßt. Hingegen ist der Gegner nicht berechtigt, wenn sich aus der Bezeichnung der Urkunde gemäß § 424 Nr. 1 die Identität mit einer in seinen Händen befindlichen ergeben sollte, den Besitz deshalb abzuleugnen, weil der Beweisführer ihren Inhalt im Vorlegungsantrag erheblich entstellt habe und er eine solche Urkunde nicht besitze: denn die Identität der Urkunde wird lediglich durch § 424 Nr. 1 festgestellt, und im Vorlegungseid handelt es sich nur darum, ob der Gegner die Urkunde besitzt, die der Vorlegungsantrag meint; hingegen darf das Vorlegungsverfahren nicht dahin ausarten, daß im Vorlegungseid anstatt über den Besitz über den Inhalt der Urkunde geschworen wird.

II. Hierbei erhebt sich die Frage: Kann der Gegner die infolge der Verweigerung des Eides oder der Vorlegung eingetretene Beweisregel des § 427, wenn die vor der Verweigerung beigebrachte Abschrift nicht ganz richtig war, dadurch entkräften, daß er die Urkunde nach der Verweigerung vorlegt?

Mit der Verweigerung des Eides oder der Nichtvorlegung der Urkunde sind die Folgen des § 427 als Folgen der Verletzung des prozessualen Anspruchs eingetreten. Da der prozessuale Anspruch aber nicht verletzt ist, wenn die Urkunde

vorgelegt wird, da auch die Notwendigkeit des Eides auf die Vorlegung als Zweck des ganzen Verfahrens hinwirken soll[3]), so kann selbstverständlich der Gegner, wenn er sich überzeugt hat, daß er den Eid nicht leisten kann, auch die Urkunde vorlegen[4]) und dadurch die Folgen des § 427 abwenden, wenn er damit auch, wörtlich genommen, der ergangenen „Anordnung, den Eid zu leisten, nicht nachkommt“; wie aber Anordnung des Eides und der Vorlegung in den Wirkungen des Ungehorsams sich gleichstehen, so kann der Gegner auf die Anordnung des einen sich zu dem andern erbieten, allerdings mit der Maßgabe, daß er bei der mangels Bestreitung des Besitzes angeordneten Vorlegung nachträglich nur in beschränktem Maße Anordnung des Eides erreichen kann[5]).

Sonst sind aber die Folgen des § 427 als Folgen der Verletzung des prozessualen Anspruchs schlechthin endgiltig; denn das Vorlegungsverfahren gegen den Gegner erreicht mit der Vorlegung oder Nichtvorlegung, der Leistung oder Nichtleistung des Eides seinen Abschluß und kann nicht ausgehen wie das Hornberger Schießen[6]). Allerdings wird meist die gegenteilige Ansicht vertreten, wenn auch mit gewissen Modifikationen. Teils wird gelehrt, daß alle Fiktionen bei Ungehorsam gegen die Maßnahmen, die den Gegner zur Erfüllung seiner Editionspflicht anhalten sollen, nur provisorisch seien und durch nachträgliche Vorlegnng abgewendet werden können[7]), teils, daß die Folgen des Ungehorsams wenigstens in der Berufungsinstanz beseitigt werden können[8]); bei letzterer Ansicht wird wieder unterschieden, ob die Folgen des § 427 auf

---

3) Vgl. oben § 35 II.
4) So auch v. Sarwey § 392 a. F. Erl. 1.
5) Oben § 33 zu Anm. 10.
6) Vgl. oben Anm. 2.
7) So Planck, Lb. S. 244; Seuffert zu § 427 Erl. 3.
8) So Wilmowski=Levy § 392 a. F. Erl. 1; N.D.P. 949.

Grund Eidesverweigerung oder Nichtvorlegung eingetreten sind, und wegen § 533 nicht im ersten, sondern nur im zweiten Fall nachträglich Vorlegung gestattet[9]). Schließlich wird von Hellmann[10]) ein Gegenbeweis zwar nicht gegen die Beweisregel des Satz 1, wohl aber gegen die des Satz 2 (falls keine Abschrift beigebracht ist) zugelassen.

Aber die Folgen des § 427 sind als Folgen der unterlassenen Befriedigung des prozessualen Anspruchs in allen Fällen Versäumnisfolgen; wenn eine Abschrift nicht beigebracht ist, ist nur Umfang und Inhalt der Folge in das Ermessen des Gerichts gestellt. Diese Folgen sind mit der Verweigerung des Eides oder der Nichtvorlegung eingetreten; und die Verweigerung eines rechtmäßig angeordneten Eides hat endgiltige Wirkung nicht nur für die erste, sondern sogar für die Berufungsinstanz (§ 533, 2), so daß ein Gegenbeweis gegen die dadurch eingetretene Versäumnisfolge ausgeschlossen ist. Da sich Verweigerung des Eides und der Vorlegung in ihrer Bedeutung und Wirkung ganz gleich stehen, so muß dasselbe auch von der Nichtvorlegung gelten. Eine Korrektur der Versäumnisfolgen in der Berufsinstanz kann nur dann herbeigeführt werden, wenn der Vorlegungsantrag für unbegründet angenommen, insbesondere der Vorlegungsgrund verneint und mithin die Anordnung des Eides für unrechtmäßig erklärt wird, dies aber auch noch in der Revisionsinstanz.

Auch im Falle, daß eine Abschrift nicht beigebracht ist, oder im Falle des § 444 ist es eine allerdings in das Ermessen des Gerichts gestellte Versäumnis- bezw. Straffolge, daß die Behauptungen des Beweisführers über Inhalt und Beschaffenheit für wahr angenommen werden; soweit daher das Gericht von seinem Ermessen innerhalb der Schranken

---

9) So Gaupp-Stein § 427 I; Struckmann-Koch § 427 Erl. 2.

10) Lb. S. 550.

des Gesetzes Gebrauch gemacht hat, ist die Versäumnisfolge zu Recht eingetreten, und auch das Berufungsgericht kann dies nicht mehr ändern, indem es etwa weniger oder gar nichts von den Behauptungen des Beweisführers als bewiesen annehmen wollte, wohl aber kann es die Versäumnisfolgen ohne Weiteres in größerem Umfange eintreten lassen, wenn das Gericht erster Instanz nur einen Teil oder gar nichts für erwiesen angesehen hat. Es begründet daher auch nie die Revision, wenn das Gericht jeden Gegenbeweis, auch den durch Vorlegung der Urkunde, ablehnt, da es die fakultative Beweisregel anwenden wolle. Wenn sich Wilmowski-Levy[11]) zum Beweise dafür, daß die Versäumnisfolgen des § 427 in der Berufungsinstanz geheilt werden können, auf die §§ 529, 531 beruft, so ist zu entgegnen, daß § 531 überhaupt nicht Anwendung finden kann, weil es sich nicht um eine unterbliebene oder verweigerte Erklärung über Eideszuschiebungen handelt — der Vorlegungseid wird überhaupt nicht zugeschoben —, sondern um die Verweigerung eines angeordneten Eides.

III. Es fragt sich, welche Vorschriften der C.P.O. aus dem Titel „Beweis durch Eid" [12]) überhaupt auf den Vorlegungseid Anwendung finden. Da der Vorlegungseid ein Parteieid ist, — im Gegensatz zu dem Zeugeneid[13]) —, so finden grundsätzlich auch alle Vorschriften des Titels Anwendung; doch da der Vorlegungseid ein notwendiger Eid ist und daher nicht zugeschoben oder zurückgeschoben, auch nicht als richterlicher Eid auferlegt werden kann, so bleiben tatsächlich die meisten Vorschriften, die nur für den zugeschobenen, zurückgeschobenen oder richterlichen Eid Bedeutung haben, außer Anwendung. Es finden daher nicht Anwendung

11) Zu § 392 a. F. Erl. 1.

12) Buch 1 Abschn. 1 Tit. 10 der C.P.O.; §§ 445—477.

13) Siehe noch § 39 I.

§§ 445—462, 469—471 und 475—477 als über den zugeschobenen, zurückgeschobenen oder richterlichen Eid handelnd, § 459 auch deshalb nicht, weil der Vorlegungseid seine besondere Form [14]) hat. Wohl aber finden Anwendung §§ 463 [15]), 464 [16]) und 465—468, ferner § 533, 2 [17]); „entsprechende Anwendung" finden gemäß § 426, 3 die §§ 472—474.

Hiernach steht die Erlassung des Eides der Leistung gleich (§ 464, 1) und beim Ausbleiben des schwurpflichtigen Gegners im Termin finden die §§ 465—467 Anwendung. Die §§ 465—467 müssen aber auch analoge Anwendung finden, wenn der Gegner in dem zur Vorlegung bestimmten Termine die Urkunde nicht vorlegt [18]); denn die Folgen der Nichtvorlegung treten sofort und endgiltig ein, nur daß das

---

14) Siehe oben § 35.

15) § 463, 2 lautet: „Der Beweis des Gegenteils (scil. der beschworenen Tatsache) findet nur unter denselben Voraussetzungen statt, unter welchen ein rechtskräftiges Urteil wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann. Gegen Anwendung des Abs. 2 Wilmowski-Levy zu § 391 a. F. Erl. 2. Dagegen mit Recht Seuffert zu § 426 Erl. 5; denn vor der Eidesleistung sei zwar der Eid der einzige Beweis, nachher aber Restitutionsklage zulässig (s. unten § 39 VI) und folglich müsse vor der Restitutionsklage § 463, 2 Anwendung finden. Als Beweis des Gegenteils genügt der Beweis gegen eine einzige der drei Verneinungen, auch der Beweis gegen die dritte; die erste und zweite Verneinung können naturgemäß nicht beide zugleich falsch geschworen sein. Der Beweis des Gegenteils hat hier nur die Wirkung, daß der beschworene Vorlegungseid seine Kraft verliert; für den positiven Beweis des Besitzes ist wiederum der Vorlegungseid nur das einzige Beweismittel und muß daher nochmals von neuem dem Gegner auferlegt werden (s. noch unten § 39 VI).

16) Ueber § 464, 2 s. unten § 38 I u. II.

17) Jedoch nicht Abs. 1.

18) Der persönlichen Vorlegung bedarf es selbstverständlich nicht. Wenn aber der Gegner in dem Termin weder erscheint noch vertreten ist, dann ergeht auf Antrag lediglich Versäumnisurteil; denn mit der Nichtvorlegung ist die angeordnete Beweisaufnahme ohne weiteres erledigt.

Gericht hinsichtlich der fakultativen Beweisregel des Satz 2 des § 427 jederzeit seinen Standpunkt ändern kann, und der Gegner könnte an sich nicht mehr die Folgen der nachträglichen Vorlegung abwenden, da er eben damit ausgeschlossen (§ 230) und das Vorlegungsverfahren beendet ist. Da aber Nichtvorlegung und Eidesverweigerung sich gleichstehen und es insbesondere unbillig wäre, wenn die Nichtvorlegung härtere Folgen hätte als die Versäumung des Schwurtermins, so ist die analoge Anwendung unbedenklich.

Da durch die Leistung des Vorlegungseides voller Beweis der beschworenen Tatsache begründet ist (§ 463, 1), so ist an sich die Anordnung einer Wiederholung des Eides ausgeschlossen. Behauptet jedoch der Beweisführer, daß der Gegner nach Beendigung des Vorlegungsverfahrens den Besitz der Urkunde erlangt habe, und legt die dafür sprechenden Umstände dar (§ **424 Nr. 4**), so behauptet er die Entstehung eines neuen, auf neue Tatsachen gestützten prozessualen Anspruchs, und es ist in derselben oder in der zweiten Instanz daher auch ein neues Vorlegungsverfahren und eventuell ein nochmaliger Vorlegungseid möglich[19]), ebenso wie es zulässig ist, daß dem Gegner, wenn er am 1. Januar die Einrede der Zahlung abgeschworen hat, nochmals im Prozeß der Eid darüber zugeschoben wird, daß er nach dem 1. Januar sein Geld erhalten habe. Es wird aber für erforderlich erachtet werden müssen, daß der Beweisführer die für Neuerlangung des Besitzes sprechenden Umstände glaubhaft macht, und daß in dem Eid zum Ausdruck gebracht wird, daß er sich nur auf die nach Leistung des ersten Eides erfolgte Erlangung des Besitzes bezieht, damit nicht ein zweites Vorlegungsverfahren dazu mißbraucht werde, um den Gegner nochmals über teilweise dieselben Tatsachen schwören zu lassen.

---

19) Vgl. oben § 34 II.

IV. Für den Fall, daß keine Abschrift beigebracht ist, oder im Falle des § 444 können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden. Ursprünglich hatte in der Reichstagsvorlage der C.P.O. der damalige § 379 für den Fall, daß keine Abschrift beigebracht war, als Beweisregel aufgestellt, daß die Tatsache als erwiesen anzusehen sei, welche durch die Urkunde unmittelbar bewiesen werden sollte. Auf Antrag des Abgeordneten Wolffson wurde von der Mehrheit dem Paragraphen die jetzige Fassung gegeben, weil man das vorgeschlagene Präjudiz für härter hielt als das des jetzigen § 444 [20]) und die Harmonie mit § 444 herstellen wollte. Seuffert[21]) ist der Ansicht, daß hierbei ein Mißverständnis obwaltete, wenn die Kommission glaubte, daß das vorgeschlagene Präjudiz den Richter nötigte, direkt das thema probandum als erwiesen anzunehmen. Aber die Kommission hatte ganz recht. Durch eine Urkunde soll im allgemeinen eine über den Inhalt der Urkunde hinausgehende Tatsache bewiesen werden (arg. § 424 Nr. 2), so durch eine Quittung nicht die Abgabe der Quittungserklärung seitens des Gläubigers, sondern die Zahlung. Mitunter nur wird der Inhalt der Urkunde selbst die zu beweisende Tatsache sein, so die Abgabe der Vertragsannahmeerklärung oder einer wechselrechtlichen Erklärung als solcher, insbesondere also bei sogenannten Dispositivurkunden und in Fällen, in denen der Inhalt der Urkunde nach den Beweisregeln der §§ 415—418 als wahr gilt[22]); in derartigen Fällen wird also, wenn die Abschrift als richtig gilt, gleichzeitig auch die durch die Urkunde zu beweisende Tatsache er-

20) K.P. S. 158.

21) Zu § 427 Erl. 2.

22) Die Abhandlung steht keineswegs auf dem Standpunkte der Strafsenate des Reichsgerichts, daß stets durch die Urkunde etwas außer derselben Liegendes bewiesen werden müsse.

wiesen sein. Davon abgesehen ist aber der Urkundeninhalt und die unmittelbar durch die Urkunde zu beweisende Tatsache scharf zu trennen, was insbesondere bei inhaltlich an sich gleichgiltigen Urkunden, die nur ein Indiz für etwas anderes sind, hervortritt, so etwa, wenn aus der brieflichen Schilderung des Beklagten über seine Verhältnisse der Schluß gezogen werden soll, daß er zur Zeit der Abfassung des Briefes zahlungsfähig war.

Die Fassung der Reichstagsvorlage zwang daher tatsächlich den Richter, direkt das thema probandum als erwiesen anzunehmen, und ging somit, was allerdings in der Kommission nicht besonders betont wurde, in Satz 2 weiter als in Satz 1 für den Fall der Beibringung einer Abschrift. In Satz 1 des § 427 gilt die Abschrift als richtig d. h. mit dem Original übereinstimmend, wobei hinsichtlich des thema probandum das Gericht die Schlüsse und nur die zu ziehen hat, die es gezogen hätte, wenn die Abschrift das Original wäre.

Satz 2 des § 427 und § 444 sind aber, wie sich aus dem Zusammenhang und dem offenbaren Willen der Reichstagskommission ergibt, schwächer als Satz 1 [23]). Die größtmögliche Ausdehnung der Beweisregel ist die, daß so viel als erwiesen angenommen werden kann wie in Satz 1, d. h. daß alles von der Urkunde gilt, was der Beweisführer von ihrem Inhalt oder ihrer Beschaffenheit behauptet; und am vollkommensten faßt der Beweisführer eben diese seine Behauptungen über den Inhalt d. h. den im Text verkörperten Gedankeninhalt und die Beschaffenheit d. h. über die sonstigen Eigenschaften (gerichtliche, notarielle oder privatschriftliche Form, Zusätze, Rasuren u. dergl.) in einer Abschrift zusammen. Es ist daher auch ein Rückfall in die Auffassung der Reichstagsvorlage, wenn Gaupp-Stein zu § 444 III meint, daß es für den

23) Vgl. oben I.

Beweisführer u. U. vorteilhafter sein könne, wenn er eine Abschrift nicht vorlege, da das Gericht dann nach seinem freien Ermessen dasjenige als erwiesen annehmen könne, was die Partei als Inhalt der Urkunde bezeichnet habe, also auch die den unmittelbaren Gegenstand des Beweises bildende Parteibehauptung selbst, während sonst höchstens die Abschrift als richtig angenommen werden könne.

§ 38.

Fortsetzung: **Beweis des Besitzes, der Echtheit und Unechtheit durch § 427 C.P.O.**

I. Die Leistung des Vorlegungseides und somit eidliche Leugnung des Besitzes der Urkunde seitens des Gegners schneidet dem Beweisführer nicht einen weiteren Beweis für die durch die Urkunde zu beweisende Tatsache und auch nicht eine Eideszuschiebung darüber ab. Wer z. B. abgeschworen hat, eine Urkunde über den Kaufvertrag zu besitzen, muß erforderlichenfalls noch schwören, daß er überhaupt keinen Kaufvertrag eingegangen sei. Denn weder braucht der Kaufvertrag schriftlich erfolgt zu sein noch braucht sich die etwaige Urkunde beim Gegner zu befinden.

Folgt aber etwa umgekehrt aus der Verweigerung des Vorlegungseides oder aus der Nichtvorlegung, daß der Gegner die Urkunde besitze? Die Frage kam in folgender Gestalt an das Reichsgericht[1]): Die Erbin eines Versicherungsnehmers klagte gegen die Versicherungsaktiengesellschaft die Lebensversicherungssumme ein, wurde aber in erster Instanz abgewiesen, weil der Verstorbene bei Eingehung der Versicherung verschwiegen hatte, daß er bereits mit einem Versicherungsantrage von der Victoria abgewiesen worden sei. In der Be-

1) Bd. XLIV S. 422—426.

rufungsinstanz verlangte Klägerin von der beklagten Gesellschaft Vorlegung einer derselben angeblich durch Vermittelung der Zentralstelle der Lebensversicherung zugegangene Karte der Viktoria zum Beweise dafür, daß die Beklagte Kenntnis davon gehabt habe, daß der verstorbene Versicherungsnehmer mit seinem Versicherungsantrage bei der Victoria abgewiesen worden sei. Da die Direktoren der Beklagten den Vorlegungseid verweigerten, wurde die Beklagte vom Berufungsgericht verurteilt, weil aus der Verweigerung gemäß § 464, 2 folge, daß die Beklagte die fragliche Karte besitze und damit die fragliche Kenntnis gehabt habe.

Das R.G. hob das Urteil auf. Es führt zutreffend aus, daß es nicht Zweck des Vorlegungsantrags ist und sein kann, den Besitz des Gegners zu beweisen. Der Vorlegungsantrag sei überhaupt unerheblich gewesen, da die Tatsache, daß ein Antrag des Versicherungsnehmers von der Victoria abgelehnt worden sei, ja gerade unstreitig war und die gewünschte Urkunde nur hierüber Auskunft geben konnte. Im übrigen würde auch nicht aus der Verweigerung des Vorlegungseides der Besitz der Beklagten folgen, da die Folge der Eidesverweigerung in § 427 vorgeschrieben und eine Anwendung der §§ 464, 2 und 477 ausgeschlossen sei, was schon aus der Natur und Verwandtschaft des Vorlegungseides mit dem Reinigungseide des älteren Rechts folge [2]). Zutreffend trennt das R.G. scharf den Inhalt der Urkunde und die durch dieselbe zu beweisenden Tatsachen und sieht gemäß § 427 als bewiesen an den Inhalt der Urkunde und nichts als den Inhalt.

II. Wenn das Reichsgericht hingegen die Anwendung des § 464, 2 ausschließt, so ist das nicht unbedenklich. § 464, 2 bestimmt, daß die Verweigerung der Eidesleistung zur Folge

2) Vgl. oben § 37 I u. III.

hat, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Tatsache als voll bewiesen gilt. Aus der Norm des Vorlegungseides in § 426 ergibt sich, welche Pflichten der erhobene prozessuale Anspruch dem Gegner auferlegt. Er erfüllt ihn nicht bezw. verletzt ihn, wenn er die Urkunde, die er nicht vorlegt, besitzt oder böslich abhanden gebracht hat oder ihren Verbleib, den er nicht angibt, kennt. Da jede einzelne der drei Tatsachen eine Verletzung seiner prozessualen Pflicht enthält, so muß der Gegner sie alle drei abschwören, und zwar, obgleich er nur die Urkunde entweder besitzen oder abhanden gebracht haben kann[3]), obgleich also mindestens die erste und zweite Tatsache im alternativen Verhältnis steht, kumulativ, denn alternative Beweissätze sind, wie Stölzel hinsichtlich des zugeschobenen Eides klar ausgeführt hat[4]), in den Eid kumulativ aufzunehmen. Daraus folgt aber wiederum, was Stölzel wohl als selbstverständlich nicht hervorhebt, daß bei Verweigerung eines solchen Eides nicht das Gegenteil aller einzelnen Sätze des Eides als bewiesen gilt, sondern nur das Gegenteil des einen oder des andern. Wenn jemand zu schwören hat, daß er am 1. April nicht in Madrid und auch nicht in Peking gewesen ist, dann gilt bei Eidesverweigerung natürlich nicht als erwiesen, daß er am selben Tage sowohl in Madrid als auch in Peking, sondern daß er entweder in Madrid oder in Peking gewesen ist. Das letztere genügt aber, denn beide Punkte waren gleich erheblich und der Schwurpflichtige mußte, um obzusiegen, beide Tatsachen abschwören. Das Berufsgericht hatte daher nicht darin geirrt, daß es den § 464, 2 überhaupt, sondern darin, daß es ihn falsch angewandt hat.

Durch die Verweigerung des Eides, der auf die Nichtverletzung des prozessualen Anspruchs abgestellt war, ist somit erwiesen, daß der prozessuale Anspruch bestand und nicht er-

3) Vgl. oben § 37 Anm. 15.

4) In der anonymen Schrift: Ueber Proberelationen, 4. Aufl. S. 43 ff.

füllt oder verletzt war; jedoch steht nicht fest, in welcher Richtung er nicht erfüllt oder verletzt ist[5]). Das ist aber auch ganz gleichgültig, denn jeder einzelne Ungehorsam des Gegners wird gleich behandelt. Mit der gesetzlichen Anerkennung aber, daß ein prozessualer Anspruch besteht und nicht erfüllt oder verletzt worden ist, hätte der Beweisführer noch gar nichts gewonnen, so wenig wie die Partei damit zufrieden wäre, wenn im Tenor eines bedingten Endurteils als Folge der Eidesverweigerung nur die Beweisregel des § 464, 2 eingestellt wäre. § 427 spricht daher dies nicht erst aus, sondern er regelt sofort, da ja durch die Nichtvorlegung der Urkunde seitens des Gegners sich gezeigt hat, daß er gegenüber dem anerkannten Anspruch sich ungehorsam verhalten hat, die Folgen dieses Ungehorsams durch seine Beweisregel, welche eine Zwangsvollstreckung wegen des prozessualen Anspruchs überflüssig macht[6]). Diese Beweisregel steht aber keineswegs im Gegensatz zu der des § 464, 2, sondern setzt gerade die Anwendung der letzteren, ohne sie besonders auszusprechen, stillschweigend voraus.

Hiernach durfte das Berufungsgericht in dem den Ausgangspunkt der Betrachtung bildenden Fall zwar den § 464, 2 anwenden, aber nicht daraus schließen, daß die beklagte Gesellschaft die Karte besitze, und, da es dies nicht schließen durfte, so war der Vorlegungsantrag, wie das R.G. richtig hervorhebt, unerheblich. Hätte man übrigens auch den Schluß des Berufungsgerichts gezogen, so wäre daraus noch nicht gefolgt, daß die Beklagte auch zur Zeit des Abschlusses des Versicherungsvertrages die Karte besessen und mithin die fragliche Kenntnis gehabt habe[7]); denn sie hätte die Karte auch später erhalten haben können.

---

5) Oben § 37 I.

6) Vgl. oben § 35 II.

7) Vgl. unten IV Abs. 2.

Das Vorlegungsverfahren gegen den Gegner darf daher nicht dazu gebraucht werden, um den Besitz einer Urkunde auf seiten des Gegners nachzuweisen, sondern nur, um den Inhalt der Urkunde darzutun. Es ist mithin nicht anzuwenden, wenn das thema probandum nicht sowohl der Inhalt der Urkunde als die Tatsache ist, daß der Gegner diese Urkunde besitzt, und wenn aus dem Besitz folgen soll, entweder daß der Gegner von dem Inhalt der Urkunde Kenntnis gehabt hat oder daß dem Inhalt der Urkunde gemäß verfahren ist; in solchen Fällen, wie auch in dem zur Kenntnis des R.G. gekommenen, muß vielmehr ein Eid über den Besitz oder das Zugehen der Urkunde oder über die Kenntnis des zu beweisenden Vorganges zugeschoben werden.

III. Es sei an dieser Stelle nochmals zusammenfassend auf folgendes hingewiesen: Es ist wohl zu unterscheiden zwischen selbständiger materieller Vorlegungsklage und der im Prozeß begehrten prozessualen Vorlegung. Nur bei letzterer, innerhalb des Vorlegungsverfahrens, ist der Vorlegungseid das einzige Beweismittel für Besitz bezw. Nichtbesitz, bei der materiellen Klage hingegen (ebenso bei der selbständigen prozessualen Klage gegen den Dritten), bei welcher der Besitz gleichfalls zu beweisen ist, kann sich der Vorlegungssucher jedes Beweismittels für Vorlegungspflicht und Besitz seines Gegners bedienen. Und während durch Verweigerung des Vorlegungseides niemals der Besitz der Urkunde bewiesen wird, so ist das bei Verweigerung eines in einem selbständigen Prozeß über den Besitz zugeschobenen Eides nach § 462, 2 stets der Fall. Der prozessuale wie der materielle Vorlegungsanspruch verfolgen die Herbeischaffung der Urkunde. Bei einem selbständigen Prozeß ergeht daher Verurteilung zur Vorlegung. Der prozessuale Vorlegungsanspruch ist aber nur Mittel zum Zweck des Beweises durch die Urkunde. Besteht er und wird er nicht erfüllt, wie sich bei der Verbindung von Erkenntnis-

verfahren und Zwangsvollstreckung in der Verweigerung der Vorlegung oder des Vorlegungseides auf einmal zeigt[8]), so tritt beim Gegner nicht Verurteilung zur Vorlegung ein, was umständlich und zwecklos wäre, sondern an Stelle von Verurteilung und Zwangsvollstreckung tritt die Beweisregel des § 427, wonach der beabsichtigte Urkundenbeweis, das Endziel des prozessualen Vorlegungsanspruchs, als geglückt anzusehen ist.

Die Verkennung vorstehender allgemeiner Gesichtspunkte hat zu mancherlei auch in der Praxis weitverbreiteten Mißverständnissen geführt, insbesondere zu einem häufigen Mißbrauch des Vorlegungsverfahrens.

Vor dem Oberlandesgericht zu Breslau kam folgender Fall vor[9]): Jemand, gegen den auf Rechnungslegung geklagt worden war, wendete ein, sein Beauftragter habe dem Kläger Rechnung gelegt, und verlangte vom Kläger Vorlegung der Rechnungen, die der Kläger nicht vorgelegt habe, und, da der Kläger bestritt, weitere Rechnungen zu besitzen, Leistung des Vorlegungseides. Der Kläger schlug den Beauftragten selbst als Zeugen dafür vor, daß ihm weitere Rechnungen nicht gelegt seien, und man stritt darüber, ob dieser Zeuge zu vernehmen sei. — Nun sind zwar im Vorlegungsverfahren andere Beweismittel als der Vorlegungseid ausgeschlossen, aber der Zeuge war trotzdem zu vernehmen, denn es handelte sich um gar kein Vorlegungsverfahren[10]). Es sollte gar nichts durch die angeblich im Besitz des Klägers befindliche Rechnung bewiesen werden, sondern nur, daß sie der Kläger im Besitze und zwar vom Beklagten erhalten habe, d. h. daß der Beklagte seiner Pflicht nachgekommen sei. Dazu waren aber die Rechnungen als solche nicht imstande. Es handelte sich hier

---

8) Vgl. oben § 35 II.

9) Mitgeteilt von Meyer, „Urkundenedition" in „Das Recht" 1903 S. 101.

10) Das übersieht Meyer.

um eine einfache materielle Klage auf Rechnungslegung und Vorlegung, bei welcher weder der Kläger vom Beklagten prozessuale Vorlegung verlangen konnte zum Beweise dafür, daß der Beklagte noch Urkunden hinter sich und noch nicht genügend Rechnung gelegt habe, daß also die Klage begründet sei [11]), noch der Beklagte vom Kläger zum Beweise dafür, daß der Kläger schon alle Rechnungen erhalten habe, daß also die Klage unbegründet sei.

Durch die Urkunde als solche kann nie bewiesen werden, daß sie jemand besitzt, daß sie oder die in ihr enthaltene Erklärung jemandem überhaupt oder zu einem bestimmten Zeitpunkt zugegangen sei [12]), oder daß jemand von ihr Kenntnis genommen habe, und was nicht durch die Urkunde selbst bewiesen werden kann, kann auch nicht bei Verweigerung der Vorlegung oder des Vorlegungseides durch § 427 (oder 444) bewiesen werden. Daher ist niemals ein Vorlegungsverfahren möglich zum Beweise dessen, daß man dem Gegner schriftlich gekündigt habe (sei es ein Mietsverhältnis, eine Versicherungspolice, ein Darlehn oder sonst etwas); denn der Besitz des Gegners oder gar das Zugehen der Kündigungsurkunde würde nicht bewiesen und das Bestehen einer Kündigungsurkunde als solcher, die nach § 427 auch im Schreibtisch des Kündigenden liegen könnte, wäre unerheblich. Ebenso würde sich auch der Fall entscheiden, daß der Beweisführer die von ihm selbst ausgestellte Quittung vorgelegt haben will zum Beweise dafür, daß der Gegner Teilzahlung geleistet und die Verjährung unterbrochen habe [13]). Da aus der Urkunde als solcher weiter

11) Nach richtiger Ansicht müßte der, welcher auf Rechnungslegung klagt, dann, wenn er selbst zugibt, daß ihm schon in gewissem Umfang Rechnung gelegt sei, nachweisen, warum die bisher gelegte Rechnung ungenügend sei. Sache des Beklagten ist es alsdann, den Nachweis zu führen, daß er bereits in weiterem Maße Rechnung gelegt habe.

12) Vgl. die § 4 Anm. 1 cit. Abhandlung von Brodmann S. 15.

13) Vgl. oben § 8 I.

nichts als die nackte Tatsache folgen würde, daß der Gläubiger eine Quittungserklärung abgegeben habe, hieraus aber zugunsten des Gläubigers nichts zu folgern wäre, da derartige Urkunden auch in Erwartung der Zahlung ausgestellt werden, so wäre der Vorlegungsantrag zurückzuweisen, nicht weil die vom Beweisführer zu beweisende Tatsache unerheblich ist, sondern weil diese Tatsache durch die Urkunde als solche nicht bewiesen werden kann und diejenige, welche bewiesen werden kann, unerheblich ist[14].

IV. Gerade in der Praxis ist es sehr verbreitet, in bezug auf Kündigungsurkunden Vorlegungsanträge zu stellen. Die unbewußte Erkenntnis, daß dabei irgend etwas nicht stimmt, hat anläßlich solcher Fälle zu mancherlei allgemeinen, eigenartigen Behauptungen geführt, so z. B., daß es beim Vorlegungsverfahren möglich sei, daß der Gegner die Errichtung der Urkunde überhaupt bestreite und darüber Zeugen benennen[15]) oder den Eid dem Beweisführer zuschieben könne oder gar, daß der Beweisführer zur Begründung seines Vorlegungsantrags, der „Voraussetzungen des Urkundenbeweises", zunächst den Nachweis führen müsse, daß eine solche Urkunde überhaupt existiere und der Gegner sie zu irgend einer Zeit besessen habe[16]). Allerdings kann der Gegner in solchen Fällen verlangen, daß der Beweisführer schwöre, er habe überhaupt eine Kündigungsurkunde errichtet und abgesandt, aber nicht, weil allgemein der Beweisführer die Errichtung der Urkunde nachweisen muß, sondern weil das Vorlegungsverfahren hier

14) Es ist eben Eideszuschiebung über die Tatsache der Teilzahlung selbst erforderlich.

15) So Bischofswerder in J. W. 1902 S. 539. Dagegen wendet sich Daffis in D. Jur.Ztg. 1903 S. 426 f., aber ohne den Kernpunkt zu erkennen, daß zum Beweise stattgehabter Kündigung das Vorlegungsverfahren gar nicht möglich ist.

16) So Geiershöfer, „Urkundenedition" in „Das Recht" 1903 S. 259 f.

gar nicht zulässig ist und paßt. Der Beweisführer müßte dem Gegner einen Eid darüber zuschieben, daß ihm keine Kündigung zugegangen sei. Diesen Eid könnte der Gegner zwar nicht zurückschieben — denn das Zugehen würde keinen Gegenstand der Wahrnehmung des Beweisführers bedeuten (§ 448, 1) und der vom Beweisführer zu schwörende Eid über die Errichtung und Absendung der Urkunde wäre nicht das Gegenteil des Eides über ihr Nichtzugehen —; aber der Gegner könnte zunächst zum Beweise des Nichtzugehens nach § 453, 1 eine Beweisaufnahme über die präjudizielle Tatsache der Errichtung und Absendung der Kündigungsurkunde verlangen[17]).

Es ist gerade besonders verkehrt, zum Beweise einer Kündigung sich des Vorlegungsverfahrens bedienen zu wollen, da es doch gewöhnlich darauf ankommt, daß die Kündigung in einem bestimmten Augenblick zugegangen ist; und, wenn man selbst — fälschlicherweise — aus der Verweigerung des Vorlegungseides den gegenwärtigen Besitz des Gegners als erwiesen annehmen wollte, so könnte man doch, da der Vorlegungseid hinsichtlich des Besitzes das Präsens hat, nie daraus schließen, daß der Gegner die Kündigung besessen und im maßgebenden Augenblick erhalten habe. Zu unmöglichen Zwecken sucht man sich des Vorlegungsverfahrens immer nur dem Gegner gegenüber zu bedienen, fast nie aber gegenüber dem Dritten. Dabei ist aber das Vorlegungsverfahren, wenn es dem Dritten gegenüber unzulässig oder unerheblich ist, auch gegenüber dem Gegner unerheblich. Ein gutes Mittel, sich vor Fehlern zu hüten, wird daher sein, sich stets zu fragen, ob man auch dann die Vorlegung der Urkunde begehren würde, wenn sie nicht beim Gegner, sondern beim Dritten

17) Und jedenfalls fordern, daß zunächst der Beweisführer diese präjudizielle Tatsache beschwöre, da ihm mit dem Eid über das Zugehen implicite auch der Eid über diese präjudizielle Tatsache zugeschoben war.

sich befände. Es würde aber niemandem einfallen, zum Beweise dessen, daß er dem Gegner gekündigt habe, sich auf eine bei einem Dritten befindliche Kündigungsurkunde zu berufen.

Die allgemein gestellte Behauptung, daß der Beweisführer beim Vorlegungsverfahren stets die Existenz der Urkunde beweisen müsse und den Umstand, daß sie der Gegner einmal besessen habe, zeigt eine völlige Verkennung des Verfahrens. Denn der Beweisführer hat, wenn ein Vorlegungsgrund besteht, einen prozessualen Vorlegungsanspruch, zu dessen Substantiierung der Besitz auf seiten des Gegners gehört. Der Vorlegungsgrund wird zwar nicht bewiesen, aber doch gemäß § 424 Nr. 5 glaubhaft gemacht[18]; die Beweislast für den Besitz zeigt sich aber gerade in der Leistung des Vorlegungseides durch den Gegner[19]. Etwas weiteres aber als Besitz des Gegners und seine Verpflichtung zur Vorlegung ist selbstverständlich hier so wenig zu beweisen, wie bei einem materiellen Vorlegungsanspruch, ganz abgesehen davon, daß mit der Glaubhaftmachung des Vorlegungsgrundes gleichzeitig auch ihre Entstehung glaubhaft gemacht ist.

Wenn übrigens Geiershöfer a. a. O. ausführt, daß durch die bloße, wissentlich unwahre Behauptung einer gewissenlosen Partei, es bestehe eine Urkunde, der Gegner zu überflüssigen Vorlegungseiden genötigt werde, was bei eidesunlustigen Personen häufig den Verlust des Prozesses bedeute, so ist das allerdings in gewissen Grenzen möglich, obgleich der Fall doch nicht allzuoft vorkommen wird. Auch übersieht Geiershöfer, daß die erforderliche Glaubhaftmachung des Vorlegungsgrundes dagegen schützt[20]. Jedenfalls trifft es aber zu, daß mitunter der Gegner gezwungen ist, den Vorlegungseid selbst zu schwören, während er ohne Vorlegungsverfahren in der Lage wäre, den

18) S. o. § 30.

19) S. o. § 35 I.

20) Weniger allerdings § 424 Nr. 4, weil es dabei keiner Glaubhaftmachung bedarf.

ihm über die durch die Urkunde zu beweisende Tatsache zugeschobenen Eid an den Beweisführer zurückzuschieben. Wenn durch die Urkunde eine direkt erhebliche Tatsache, nicht nur ein Indiz bewiesen wird, wenn es sich z. B. um eine angeblich über den Vertragsabschluß bestehende Urkunde handelt, dann wäre nach Verweigerung des Vorlegungseides eine Zuschiebung des Eides an den Beweisführer darüber, daß ein Vertrag nicht geschlossen sei, nicht mehr möglich. Diese mitunter unangenehme Folge entspricht aber durchaus der Logik und dem Inhalt des Vorlegungseides, da ja der Besitz des Gegners kein Gegenstand der Wahrnehmung des Beweisführers ist und letzterer doch niemals, auch wenn nicht der Vorlegungseid von Gesetzes wegen ein notwendiger Eid für den Gegner wäre, darüber einen Eid schwören könnte. Man könnte allerdings de lege ferenda in Erwägung ziehen, ob es dem Gegner nicht stets erlaubt sein solle, anstatt selbst den Vorlegungseid leisten zu müssen, vom Beweisführer einen Eid über die durch die Urkunde zu beweisende Tatsache zu verlangen. Dies würde aber der ganzen Logik des juristisch äußerst feinen Verfahrens widersprechen, den Beweisführer schädigen, der mitunter die begehrte Urkunde selbst nicht so genau kennt, um ihren Inhalt beschwören zu können, und überhaupt zur Vermehrung und nicht zur Verminderung der Eide führen. Denn der normale Verlauf des Vorlegungsverfahrens ist doch nicht, daß es zur Leistung des Vorlegungseides kommt, sondern daß die Urkunde vorgelegt wird. Auf die reale Vorlegung wirkt das Verfahren hin und erreicht so, daß es in vielen Fällen zum Urkundenbeweis kommt, wo es sonst zum Beweise durch Eid kommen würde. Gäbe man aber dem Gegner das gedachte Recht, so würde fast stets der Gegner, der eine für ihn ungünstige Urkunde besitzt, diese nicht vorlegen, sondern vom Beweisführer frivolerweise den Eid verlangen, was wiederum für letzteren häufig den Verlust des Prozesses bedeuten würde.

V. Es ist schließlich noch folgendes hervorzuheben: Zwar beweist bei Verweigerung des Vorlegungseides oder der Vorlegung die Beweisregel des § 427 nicht den Besitz des Gegners. Wenn aber der Gegner zugesteht, die vom Beweisführer gemeinte und gemäß § 424 Nr. 1 individuell bezeichnete Urkunde zu besitzen, sie aber trotz der Anordnung des Gerichts nicht vorlegt, dann ist es natürlich, daß der gemäß § 427 als erwiesen anzunehmende Inhalt sich auf die in den Händen des Gegners befindliche Urkunde bezieht, daß dann also als erwiesen gilt, daß der Gegner die betreffende Urkunde mit ihrem erwiesenen Inhalt besitzt. Gibt z. B. der Gegner zu, am 1. Oktober, wie der Beweisführer behauptet, einen „Hamburg den 30. September“ datierten eingeschriebenen Brief erhalten zu haben, bestreitet er aber, daß darin von Kündigung die Rede sei, und legt er den Brief nicht vor, trotzdem er (etwa nach § 423) dazu verpflichtet wäre, so gilt als erwiesen, daß in diesem Brief eine Kündigung enthalten und mithin dem Gegner rechtzeitig am 1. Oktober zugegangen war.

VI. Es fragt sich noch, ob die Beweisregel des § 427 (und § 444), daß die Abschrift als richtig anzusehen ist bezw. die Behauptungen des Beweisführers über Beschaffenheit und Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden können, auch in sich schließt, daß die Urkunde als echt anzusehen ist. Über Echtheit und Echtheitsbeweis enthält die C.P.O. selbst in §§ 437—443 Vorschriften. In § 441 ist auch für den Beweis der Echtheit oder Unechtheit Schriftvergleichung und zur Herbeischaffung der nicht in den Händen des Beweisführers befindlichen, zur Vergleichung geeigneten Schriften[21])

---

21) Diese Vergleichungsschriften nennt die C.P.O. im Gegensatz zu der Terminologie des eigentlichen Vorlegungsverfahrens nicht Urkunden, da Urkunden vermöge ihres gedanklichen Inhalts, diese „Schriften“ aber nur vermöge ihrer äußeren Form als reine Augenscheinsobjekte in Betracht kommen; vgl. o. § 1 II. Es bedurfte daher der ausdrücklichen

ein Vorlegungsverfahren vorgesehen. Auf dieses Vorlegungsverfahren finden die Vorschriften des gewöhnlichen Urkundenvorlegungsverfahrens Anwendung; nur ist im Gegensatz dazu[22]) beim Dritten nicht allein der Besitz der bezeichneten Schriften, sondern auch der Umstand glaubhaft zu machen, daß sie zur Vergleichung geeignet sind, und beim Gegner gilt, falls er die Schriften nicht vorlegt oder den Vorlegungseid nicht leistet, der Echtheitsbeweis als geführt.

Schon aus dieser letzten Beweisregel im Falle des § 441 ist zu schließen, daß im Falle des § 427 auch die nicht vorgelegte Urkunde entsprechend der Abschrift oder der Behauptung des Beweisführers als echt anzusehen ist. Denn während durch die Urkunde im gewöhnlichen Vorlegungsverfahren eine direkt für den Prozeß erhebliche Tatsache bewiesen werden soll, soll durch die Schriftvergleichung nur eine Eigenschaft der Urkunde als Beweismittels erwiesen, also nur ein Hilfsbeweis geliefert werden; hiernach muß die Beweisregel des § 427 als die weitergehende gleichzeitig die des § 441, 3 als die mindere in sich schließen, wie das Vorlegungsverfahren auch ein Vorlegungsverfahren über Vergleichungsschriften erübrigt. Wäre auf Grund des § 427 nur die Tatsache erwiesen, daß eine solche Urkunde, wie der Beweisführer behauptet hatte, existiere, ohne daß damit auch zugleich die Echtheit bejaht wäre, so hätte das für den Beweisführer absolut keinen Wert; denn es wäre ja für ihn unmöglich, irgend einen Echtheitsbeweis über die nicht vorgelegte Urkunde zu führen — sollte er etwa noch Beweis durch Schriftvergleichung nach § 441 führen? —

Vorschrift des § 441, da zur Herbeischaffung von einfachen Augenscheinsobjekten ein Vorlegungsverfahren an sich nicht statthaft gewesen wäre (o. §§ 1 zu Anm. 2, 23 VI). Dies Verfahren ist aber auch zulässig, wenn es sich nicht um den Inhalt der Urkunde, sondern lediglich ihre Echtheit oder Unechtheit handelt (vgl. unten IX).

22) Vgl. o. § 30.

und der Gegner, der die Urkunde nicht vorlegt und im übrigen ihre Echtheit bestreitet, wäre bei dieser Auslegung des § 427 für seinen Ungehorsam privilegiert, ebenso wie er danach in gesicherter Stellung wäre, wenn er Besitz und Inhalt zugibt, aber ihre Echtheit bestreitet. In dem Falle aber, daß der Gegner den Inhalt der Urkunde zugibt und nur ihre Echtheit bestreitet, sind die Parteien nicht etwa über das durch die Urkunde zu Beweisende einig, so daß sich ihre Vorlegung erübrigte, sondern durch Bestreitung der Echtheit leugnet der Gegner alles, was durch die Urkunde bewiesen werden könnte. Wenn mithin nicht nur auf Grund des § 427 S. 1, sondern auch auf Grund der S. 2 oder des § 444 irgend eine Behauptung des Beweisführers als wahr angenommen werden soll, so ist jedenfalls als grundlegend und als das mindeste die Behauptung über die Echtheit als erwiesen anzunehmen.

VII. Nach § 427 S. 1 wird angenommen, daß die Urkunde als Augenscheinsobjekt sowohl hinsichtlich ihrer äußeren Gestalt als auch hinsichtlich ihres gedanklichen Inhalts den Behauptungen des Beweisführers entsprochen habe; das geht auch aus S. 2 des § 427 hervor, wo als minderes Präjudiz die Behauptungen über „Beschaffenheit" d. i. äußere Form und Echtheit und über „Inhalt" als bewiesen angenommen werden können. Schon die A.G.O. I 10 § 100 ließ bei Verweigerung des Vorlegungseides auch die Echtheit der Urkunde für erwiesen gelten („so muß das Dokument in contumaciam für ediert und rekognosziert erachtet. . . werden").

Wenn übrigens Seuffert und Struckmann-Koch meinen, daß das Präjudiz des § 441, 3 mit § 427 nicht übereinstimme, so ist nicht abzusehen, wie es überhaupt anders lauten sollte; es dürfte aber genau übereinstimmen[23]. Denn wie in § 427 der nicht vorgelegten Urkunde die Eigenschaften beigelegt werden, die der Beweisführer angibt, so wird auch

23) So auch Neukamp zu § 441.

in § 441 angenommen, daß die nicht vorgelegten Vergleichungsschriften die behaupteten Eigenschaften, nämlich die Eigenschaft, vollkommen mit der streitigen Urkunde in der Form der Schrift übereinzustimmen, besitzen, woraus mit zwingender Notwendigkeit der Schluß der Echtheit der Urkunde zu ziehen ist.

Da § 441 mit den Worten beginnt: „der Beweis der Echtheit oder Unechtheit kann auch durch Schriftvergleichung geführt werden", so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß bei Nichtvorlegung der Vergleichungsschriften, welche die Unechtheit beweisen sollten, der Beweis der Unechtheit geführt gilt[24]), wenn auch § 441, 3 etwas ungenau nur sagt, „so gilt der Echtheitsbeweis als geführt", und gewissermaßen vergißt, daß es sich auch um den Beweis der Unechtheit handeln kann. Diese Vergeßlichkeit wird daher kommen, daß im allgemeinen der Echtheitsbeweis demjenigen obliegt, der sich auf die Urkunde beruft. Der „Beweis der Unechtheit" wird daher gewöhnlich ein „Gegenbeweis" sein.

VIII. Da durch die Beweisregel des § 441, 3 auch der Beweis der Unechtheit geführt wird, so müßte dies auch bei § 427 (und eventl. § 444) der Fall sein. Das trifft aber nicht zu und führt zu einer weiteren Erwägung. Wenn die Unechtheit einer Urkunde behauptet wird, dann kommt es nie auf den gedanklichen Inhalt der Urkunde an, sondern es wird im Gegenteil der gedankliche Inhalt, z. B. die Willenserklärung, die in der Urkunde anscheinend enthalten ist, geleugnet. Es soll nichts Positives durch die Urkunde bewiesen werden, sondern es wird der Urkunde der Charakter, den sie anscheinend trägt, abgesprochen, und das, was bewiesen werden soll, ist nicht der Inhalt derselben oder eine aus diesem folgende Tatsache, sondern Beweisthema ist lediglich das Verfahren, das

24) So auch Seuffert, Erl. 3 zu § 441, Gaupp-Stein § 441 Anm. 6.

in bezug auf diese Urkunde, der jede Geltung abgesprochen wird, eingeschlagen worden ist, z. B. die Umstände, durch die der Beweisführer vom Gegner diesen gefälschten Wechsel erhalten hat. Die Urkunde selbst kommt dabei nur als Augenscheinsobjekt in Betracht; denn eine gefälschte Urkunde als solche besagt gar nichts, und der Beweis der Unechtheit ist kein Beweis durch die Urkunde und mithin kein Urkundenbeweis. Daher kann das Vorlegungsverfahren, das einen Beweis durch die Urkunde ermöglichen und eventl. ersetzen will, nie dazu dienen, um die Unechtheit nachzuweisen, ebensowenig wie § 444 Anwendung finden kann, der auch nur den vereitelten Urkundenbeweis im Auge hat.

An sich ist allerdings auch der Beweis lediglich der Echtheit kein Urkundenbeweis, denn „nicht mit der Urkunde wird er geführt, sondern an ihr“ [25]). Jedoch wenn die Echtheit der Urkunde vom Beweisführer behauptet, vom Gegner bestritten wird und durch die echte Urkunde etwas bewiesen werden soll, nicht lediglich ihre Echtheit und das mit der Urkunde eingeschlagene Verfahren, dann ist ein Beweis durch die Urkunde beabsichtigt und das Vorlegungsverfahren daher zulässig, wenn der Beweisführer sie nicht in Händen hat — der Gegner leugnet ja, wie wir sahen, auch wenn er das Bestehen der Urkunde zugibt, durch Bestreitung ihrer Echtheit die durch die Urkunde zu beweisenden Tatsachen. Legt er dann die Urkunde vor, dann bedarf es allerdings noch des Beweises der Echtheit, legt er sie aber nicht vor, dann ist ihre Echtheit erwiesen, weil die vom Beweisführer vorgelegte Abschrift als richtig gilt.

Von dem Falle, daß lediglich die Unechtheit der Urkunde behauptet wird, ohne daß es dem Beweisführer auf einen Beweis durch den gedanklichen Inhalt derselben ankommt, ist

---

25) Brodmann in der § 4 Anm. 1 cit. Abhandlung S. 26 f., 61, der auch darauf hinweist, daß in § 595, 2 C.P.O. der Beweis der Echtheit von dem durch die Urkunde zu führenden Beweise getrennt wird.

der Fall wohl zu trennen, daß der Beweisführer zwar auch behauptet, die Urkunde rühre nicht von dem anscheinenden Aussteller her, sei also insofern unecht, daß er aber doch Wert auf den Inhalt und den wirklichen Aussteller legt. Ein Fall der ersteren Art liegt in folgendem Beispiel vor: A hat von B an Zahlungsstatt einen mit dem Akzept der Deutschen Bank versehenen Wechsel erhalten. Der Wechsel ist von der Deutschen Bank nicht eingelöst worden, da das Akzept gefälscht sei. Da A den Wechsel als Erfüllung widerspruchslos angenommen hat, so trifft ihn bei seiner Entschädigungsklage nach § 363 B.G.B. die Beweislast für die Unechtheit [26]). Wenn der Wechsel bei den Verhandlungen der Parteien zufällig in die Hände des B gekommen ist und B zugibt, den von ihm dem A übergebenen Wechsel zu besitzen, so ist doch ein Vorlegungsantrag des A (auf Grund seines Eigentums) nicht zulässig, da es dem A lediglich auf die Tatsache der Unechtheit ankommt, nicht aber auf den Inhalt des Wertpapieres und die Person seines Ausstellers (des Fälschers). Anders läge aber der Fall, wenn A gegen B auf Schadensersatz klagt, weil B an C, den verstorbenen Geschäftsfreund des A, einen mit der — gefälschten — Unterschrift des D versehenen, verleumderischen Brief geschrieben habe; der Brief, den der verstorbene C dem A zu Eigentum übergeben hat, ist zufällig in die Hände des B gekommen. B gibt den Besitz des Briefes zu sowie auch die Tatsache, daß dem C der Brief durch die Post zugegangen sei, aber er leugnet seine Urheberschaft. Ein Vorlegungsantrag des A auf Grund seines Eigentums wäre hier zulässig. Denn es kommt ihm nicht allein darauf an, daß der Brief nicht von

26) Es sei angenommen, daß B mittels Blankoindossaments den Wechsel erhalten und an A gegeben hat, so daß mangels einer wechselrechtlichen Verpflichtung des B ein wechselmäßiger Regreßanspruch nicht gegeben ist.

D stamme, also unecht sei, sondern in erster Linie auf den gedanklichen Inhalt, die darin enthaltene Verleumdung, und die Urheberschaft des B, also den Urkundenbeweis, daß B ihn verleumdet habe. Legt B den Brief nicht vor, dann gilt auf Grund des § 427 die Behauptung des A als erwiesen, daß B den Brief geschrieben habe.

Die Fälle, in denen lediglich die Unechtheit behauptet wird, werden sich also von denen, in welchen auch die Unechtheit behauptet wird, aber gleichzeitig ein Urkundenbeweis geführt werden soll, im allgemeinen danach trennen lassen, ob der Beweisführer Wert darauf legt, daß die Urkunde in Wahrheit von einer bestimmten Person herrührt oder nicht. Der Fall, daß für die gefälschte Urkunde die Urheberschaft einer bestimmten Person behauptet wird, ist aber tatsächlich ein Fall, in dem es sich um die Behauptung der Echtheit handelt, insofern als die fragliche Urkunde zwar eine unechte Urkunde des anscheinenden Ausstellers, aber eine echte Urkunde des wahren Ausstellers, des Fälschers, ist[27]).

Soweit das Vorlegungsverfahren unzulässig ist, ist es natürlich sowohl hinsichtlich der in den Händen des Gegners als auch der in den Händen eines Dritten befindlichen Urkunde unzulässig; soweit es hinsichtlich des Gegners zulässig ist, ist es auch hinsichtlich des Dritten zulässig, also insbesondere dann, wenn der Gegner von einer bei einem Dritten befindlichen Urkunde, auf deren Inhalt es ankommt, den Inhalt zugibt, aber die Echtheit bestreitet.

Man könnte nach dem Gesagten auch in Erwägung ziehen, ob das Verfahren zur Vorlegung von Vergleichungsschriften gemäß § 441 nur dann zulässig ist, wenn durch die Urkunde etwas bewiesen werden soll, nicht aber dann, wenn es sich lediglich um die Frage der reinen Unechtheit handelt. Doch

27) Diese von Brodmann S. 58 gemachte Unterscheidung erweist sich hier als fruchtbar.

diese Beschränkung des Verfahrens als eines Hülfsverfahrens beim Urkundenbeweis erscheint nicht richtig. Sie folgt nicht aus dem Wortlaute des allgemein gehaltenen Absatzes 1 des § 441 („Der Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann auch durch Schriftvergleichung geführt werden"), da ja die Urkunde auch Urkunde bleibt, wenn sie nicht zum Zwecke des Urkundenbeweises gebraucht wird. Auch finden andere Vorschriften aus dem Titel „Beweis durch Urkunden" sicherlich auch dann auf Urkunden Anwendung, wenn es sich nicht um einen Beweis durch die Urkunde handelt, so § 437 und § 438. Schließlich wäre § 441 Abs. 1 überhaupt unrichtig, soweit er vom Beweise der Unechtheit spricht, da ein Beweis der Unechtheit, sofern durch die Urkunde etwas bewiesen werden soll, nur ein Gegenbeweis gegen die Echtheit ist und als Hauptbeweis nur in Betracht kommen kann, wenn der gedankliche Inhalt der Urkunde keine Rolle spielt.

§ 427 enthält daher als Folge ohne Zweifel mittelbar auch die Fiktion der Echtheit[28]) d. h. genau gesagt: es soll das als erwiesen angenommen werden, was durch die Urkunde erwiesen worden wäre, wenn sie in dem Sinn anerkannt worden wäre (§ 439, und zwar als echt oder unecht), wie es der Beweisführer will. Echt ist eine Urkunde im Sinne des Civilprozesses, wenn sie so, wie sie ist, von demjenigen herrührt, den der Beweisführer als den Aussteller bezeichnet[29]); unter „Echtheit" im Sinne der C.P.O. kann mitunter auch die „Unechtheit" verstanden sein, wenn der Beweisführer als Aussteller einen anderen bezeichnet als den, welchen die Unterschrift angibt.

---

28) Für den Beweis der Echtheit durch § 427 auch Gaupp=Stein § 427 II, Fitting 9. Aufl. § 63 II a. E. (7. Aufl. S. 437 Anm. 15); dagegen Seuffert.

29) So Gaupp=Stein zu § 437.

Unter den Begriff der Echtheit, die auf Grund des § 427 anzunehmen ist, fällt übrigens u. U. auch die Tatsache, daß der angebliche Aussteller die Urkunde zwar nicht selbst geschrieben habe, daß sie jedoch unmittelbar mit seinem Wissen und Wollen in die Welt gesetzt worden sei, z. B. beim Telegramm[30]. Zum Begriff der Echtheit gehört hingegen nicht, wie keiner näheren Ausführung bedarf, die Frage, ob der die Urkunde als Vertreter z. B. Prokurist (p. pa.) Zeichnende auch Vertretungsmacht hatte, da die materielle Wahrheit nichts mit der formellen Richtigkeit zu tun hat[31]; die Vertretungsmacht ist daher noch besonders zu beweisen.

IX. Da durch § 427 mittelbar auch die Echtheit und — in gewissen Grenzen — die „Unechtheit" der Urkunde bewiesen wird, so fragt es sich, ob das Vorlegungsverfahren auch bei der Klage auf Anerkennung einer Urkunde oder Feststellung der Unechtheit derselben (§ 256) benutzt werden kann. Die Frage ist zu verneinen[32]. Denn das Vorlegungsverfahren (gegen Gegner und Dritten) soll, wie aus § 424 Nr. 2 folgt, dazu dienen, daß durch die Urkunde eine außerhalb derselben liegende Tatsache oder ihr gedanklicher Inhalt als solcher bewiesen wird, nicht aber zum Beweise der allein den Gegenstand des Klagepetitums bildenden Tatsache der Echtheit oder Unechtheit; darauf deutet auch bereits die Ueberschrift des 9. Titels hin, welcher lautet „Beweis durch Urkunden".

---

30) Vgl. darüber Stein, Urkunden- und Wechselprozeß, 1887, S. 116 ff.; Gaupp-Stein § 416 I 2 a.

31) Hat der p. pa. Zeichnende keine Prokura, so liegt nur eine „schriftliche Lüge" vor.

32) So auch Gaupp-Stein § 256 IV 5, Seuffert § 256 Erl. 4 a, Petersen-Anger § 256 Erl. 8; a. M. Wilmowski-Levy § 231 a. F. Erl. 2.

§ 39.

Anhang: **Vorlegungsverfahren und Restitutionsklage.**

I. Im Anschluß an den Vorlegungseid sei die Bedeutung des prozessualen Vorlegungsanspruchs für die Restitutionsklage behandelt. In Betracht kommen hier folgende Fälle:

§ 580. „Die Restitutionsklage findet statt:

1. wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welche das Urteil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;

7. wenn die Partei

a) . . . .

b) eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde.

Diese Bestimmung kommt in dem unter b bezeichneten Falle nicht zur Anwendung, wenn das angefochtene Urteil darauf beruht, daß auf Grund einer Eidesleistung des Gegners die betreffende Tatsache oder deren Gegenteil für bewiesen erachtet ist."

Da § 580 Nr. 1 von einem Parteieid spricht, Parteieid aber jeder von der Partei geschworene Eid im Gegensatz zum Zeugeneid ist, so kommt auch der Vorlegungseid als von der Partei geschworener Eid[1]) hier in Betracht[2]). Da ferner

1) Daß nach § 427, 4 bei öffentlichen Behörden den Eid der Beamte zu leisten hat, dem die Verwahrung der Urkunde übertragen ist, widerspricht nicht dem Wesen des Vorlegungseides als Parteieides: in dieser beschränkten Beziehung sind an Stelle der allgemeinen gesetzlichen Vertreter der Behörde die betr. Verwahrungsbeamten kraft Spezialvorschrift als die geeignetsten zur Vertretung der Behörde berufen.

2) So auch Gaupp-Stein, Struckmann-Koch zu § 580 Nr. 1; a. M. Siebenhaar S. 530.

Nr. 7 b des § 580 den Fall, daß die Partei eine neue Urkunde auffindet, also in Besitz bekommt, von demjenigen trennt, daß sie eine andere Urkunde zu benutzen in den Stand gesetzt wird, so folgt daraus, daß auch der Fall hierher gehört, daß die Partei die neue Urkunde nicht selbst besitzt, sondern in Ansehung ihrer nur einen Vorlegungsanspruch hat. Das folgt auch aus § 588, 2 S. 2, der den Fall regelt, daß die Urkunden, auf welche die Restitutionsklage gestützt wird, sich nicht in den Händen des Klägers befinden, und sich auf alle in § 580 erwähnten Urkunden, also auch die der Nr. 7, bezieht[3]).

Die Fälle des § 580 Nr. 1 und 7 b sind, soweit Fragen des Vorlegungsverfahrens in Betracht kommen, streng zu trennen.

II. Nach § 580 Nr. 7 b genügt es zur Begründung der Restitutionsklage, wenn die Partei in Ansehung einer Urkunde, welche die Entscheidung beeinflußt hätte, nach Rechtskraft des früheren Prozesses (§ 582) einen materiellen Vorlegungsanspruch gegen den Gegner oder einen Dritten erlangt hat, kraft dessen sie die Vorlegung der Urkunde nunmehr verlangen kann. Dabei ist aber der Nachdruck darauf zu legen, daß die Partei die Urkunde „zu benutzen in den Stand gesetzt“ ist, und die tatsächliche Benutzungsmöglichkeit ist zu beweisen. Es genügt daher einerseits nicht ein de iure bestehender Anspruch gegen einen Dritten, sofern von vornherein feststeht, daß die Herbeischaffung der Urkunde im Wege der Zwangsvollstreckung nicht gelingen wird; andererseits schadet es nichts, wenn der Anspruch schon vorher bestand, sofern jetzt erst die Benutzung und Herbeischaffung tatsächlich möglich ist, insbesondere auch deshalb, weil jetzt erst das Bestehen des Anspruchs der Partei bekannt geworden ist[4]). Es ist übrigens

---

3) Vgl. auch R.D.E. § 865.

4) Beachte jedoch § 582.

zu bemerken, daß ein Anspruch auf Grund von § 810 B.G.B. nicht erst später entstanden sein kann[5]), weil er jedem Inhaber der Urkunde gegenüber auf Grund ihres Inhaltes allein besteht[6]) und daher von jeher geltend gemacht werden konnte. Soweit der Gegner die Urkunde besitzt, schadet es jedoch nichts, wenn feststeht, daß der Gegner die Urkunde nicht vorlegen wird, da in diesem Fall die Beweisregel des § 427 würde eintreten können und dies eine Benutzung der Urkunde, einen Beweis durch die Urkunde, ersetzen würde.

Nach § 582 ist die Restitutionsklage nur zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außer stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Einspruch oder Berufung oder mittels Anschließung an eine Berufung, geltend zu machen. Insbesondere ist aber auch die Benutzung einer Urkunde, in Ansehung deren bereits in dem früheren Verfahren ein Vorlegungsantrag gegen einen Dritten gestellt war, unzulässig, wenn die gemäß § 431 angeordnete Frist dem Beweisführer entzogen oder auch nur erfolglos verstrichen war; denn in diesem Fall war bereits in dem früheren Verfahren jede Benutzung der Urkunde rechtswirksam ausgeschlossen, die das frühere Verfahren über den Zeitpunkt hinaus verzögert haben würde, in welchem es tatsächlich beendet worden war[7]); um so weniger kann der Beweisführer mit einer solchen Urkunde, auch wenn er sie in Händen hat, nun gar das alte Verfahren beseitigen und dadurch die nachträgliche Benutzung erzwingen. Der Umstand, daß die Frist erfolglos verstrichen war, wird, wenn er auch nicht stets auf einem Verschulden des Beweisführers zu beruhen braucht, doch objektiv vom Gesetz stets mißbilligt. Glaubte die Partei,

---

5) Wohl aber ein Anspruch auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses.

6) Vgl. oben § 5 IV.

7) Vgl. unten § 42 III.

daß ihr die Frist zu Unrecht entzogen oder trotz erheblicher Gründe[8]) nicht verlängert worden war, so war es ihre Sache, diese Auffassung durch Einlegung eines Rechtsmittels in dem früheren Verfahren zum Ausdruck zu bringen[9]).

Das Auffinden neuer Urkunden, ebenso wie eine Verletzung des Vorlegungseides, rechtfertigt natürlich dann nicht eine Restitutionsklage, wenn in den Urteilsgründen bereits die durch die Urkunde zu beweisende Tatsache als unerheblich bezeichnet worden ist; denn in diesem Falle würde ja die Urkunde keine „günstigere Entscheidung herbeigeführt haben"; ob letzteres der Fall ist, dafür kommt es lediglich auf den Standpunkt des früheren erkennenden Gerichts an, wenn derselbe auch unzweifelhaft verkehrt sein sollte. Unter dem Deckmantel einer neuen Urkunde oder einer Verletzung des Vorlegungseides darf selbstverständlich nicht eine Korrektur der rechtlichen Ansicht des früheren Richters erstrebt werden.

III. Wenn der Gegner in dem durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenen Verfahren den Vorlegungseid geleistet hat, so ist deshalb doch die Restitutionsklage zulässig, wenn die Partei nunmehr die betr. Urkunde benutzen kann. Wenn sie in diesem Falle aber behauptet, sie könne sie insofern benutzen, als der Gegner die vorlegungspflichtige Urkunde besitze, so ist die Restitutionsklage auf Grund der Nr. 7 b des § 580 nur insoweit zulässig, als sie behauptet und beweist, daß der Gegner erst nach Leistung des Vorlegungseides die Urkunde in die Hände bekommen habe[10]), daß es sich also um einen neuen prozessualen Anspruch handle, und der Gegner braucht, wenn er nochmals den Vorlegungseid zu schwören hat, die Besitzerlangung nur für die Zeit nach Leistung des ersten Eides abzuschwören[10]). Soweit hingegen die Partei behauptet, daß

8) § 224, 2.

9) Vgl. jedoch § 225, 3.

10) Vgl. oben § 37 III.

der Gegner trotz der Leistung des Vorlegungseides bereits im früheren Prozeß die Urkunde besessen habe, ist lediglich die Restitutionsklage auf Grund der Nr. 1 des § 580 wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung des Vorlegungseides möglich. Dies folgt zwar nicht etwa aus dem Schlußsatz von § 580, welcher gar nicht auf den Vorlegungseid paßt; denn durch die Leistung des Vorlegungseides ist nicht das Gegenteil der „betreffenden Tatsache" d. h. der durch die Urkunde zu beweisenden Tatsache für erwiesen erachtet worden. Wohl aber folgt die Unzulässigkeit eines Gegenbeweises gegen den Vorlegungseid daraus, daß mit dessen Leistung der prozessuale Vorlegungsanspruch rechtswirksam aberkannt war und die Erhebung des identischen Vorlegungsanspruchs nur durch Beseitigung des Vorlegungseides auf Grund der Nr. 1 des § 580 möglich ist[11].

IV. Die eine Restitutionsklage begründenden Tatsachen sind zu beweisen, im Falle der Nr. 7 b des § 580 also der Umstand, daß die Partei eine neue, ihr günstigere Urkunde aufgefunden hat oder zu benutzen in den Stand gesetzt ist. Petersen-Anger[12]) hält, wenn der Gegner die vorlegungspflichtige Urkunde besitzen soll, auch den Vorlegungseid für ein zulässiges Beweismittel. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Die Nr. 7 b des § 580 verlangt einen Urkundenbeweis, also vor allem die Tatsache, daß die fragliche Urkunde existiert. Bei der Verweigerung des Vorlegungseides wird aber durch § 427 gar nicht der Besitz der Urkunde auf seiten des Gegners oder überhaupt das Vorhandensein einer Urkunde bewiesen, sondern nur die Fiktion aufgestellt, daß

---

11) Vgl. oben § 37 III, auch § 34 II.

12) Zu § 580 Erl. 9 c; auch Seuffert § 588 Erl. 5 und R.G. XVI S. 595, indem es einen Beweis über den Besitz bei der Restitutionsklage für unzulässig hält und nur den Vorlegungseid gelten läßt.

gewisse Behauptungen für wahr gelten sollen[13]). Damit wäre aber dem Erfordernis, daß eine Urkunde bestehen soll, ebensowenig genügt, wie wenn im Urkundenprozeß der Kläger statt mit der Klageurkunde selbst (§§ 592, 595) mit einem Urteil aufträte, wodurch die Urkunde, aus der geklagt wird, für echt erklärt worden ist.

Außerdem besagt § 581, 2: „Der Beweis der Tatsachen, welche die Restitutionsklage begründen, kann durch Eideszuschiebung nicht geführt werden."

Nun ist zwar der Vorlegungseid kein zugeschobener Eid über den Besitz der Urkunde, aber die Vorschrift hat den Zweck, dem Gericht die Prüfung der die Klage begründenden Tatsachen von Amts wegen aufzuerlegen und zu verhindern, daß die Parteien im Wege der Kollusion ein rechtskräftiges Urteil beseitigen[14]); und daher ist es offenbar auch nicht möglich, daß die Zulässigkeit der Restitutionsklage davon abhängt, ob der Vorlegungseid geleistet oder verweigert wird.

Andererseits sagt der Schlußsatz von § 588, daß in dem Schriftsatz, durch den eine Restitutionsklage erhoben wird, der Kläger zu erklären hat, welchen Antrag er zur Herbeischaffung der klagbegründenden Urkunden, falls er sie nicht in Händen hat, stellen will; und daraus wird mit Recht die Zulässigkeit eines Vorlegungsverfahrens hinsichtlich der klagbegründenden Urkunden geschlossen[15]).

Der scheinbare Widerspruch ist folgendermaßen zu lösen: In dem sog. iudicium rescindens, in welchem es sich um das Vorliegen eines Grundes für die Wiederaufnahme des Verfahrens handelt, ist ein Vorlegungsverfahren sowohl hinsichtlich des Gegners als des Dritten völlig unzulässig; Vorhandensein und Benutzungsmöglichkeit muß daher besonders

13) Vgl. o. § 38 I.

14) So Gaupp-Stein § 581 III.

15) So Gaupp-Stein, Seuffert zu § 588; R.G. XVI S. 395.

bewiesen werden, und zwar nicht durch Eideszuschiebung (§ 581, 2). In dem wiederaufgenommenen Verfahren hingegen (sog. iudicium rescissorium), in welchem der Wiederaufnahmegrund, das Vorhandensein der Urkunde, feststeht, kann die Herbeischaffung der Urkunde durch Vorlegungsverfahren gegen Gegner oder Dritten erfolgen und auch die Beweisregel des § 427 kann als Surrogat des Beweises durch die Urkunde benutzt werden. Das Gericht muß daher, obwohl die Trennung von iudicium rescindens und rescissorium an sich nach § 590, 2 nur fakultativ ist, doch in diesem Falle zweckmäßigerweise zunächst den Wiederaufnahmegrund sich beweisen lassen.

Dabei ist zu beachten, daß der Gegner den Besitz der Urkunde, obgleich denselben das Gericht im iudicium rescindens für erwiesen gehalten hat, trotzdem noch im iudicium rescissorium leugnen kann, und daß dann der Vorlegungseid als notwendiger Eid dem Gegner auferlegt werden muß. Glaubt der Gegner in diesem Fall, den Vorlegungseid schwören zu können, und schwört er ihn, dann ist in bindender Weise der Nichtbesitz des Gegners festgestellt, wobei allerdings ein Widerspruch bestehen würde zwischen der Entscheidung, die das iudicium rescissorium anordnet, und der, die es beendet.

Der Vorlegungseid, in dem der Gegner schwört, daß er die Urkunde nicht in böslicher Absicht abhanden gebracht habe, bezieht sich auf die Zeit seit Erhebung der Restitutionsklage; denn bereits in dieser soll nach § 588 Schlußsatz der Vorlegungsantrag enthalten sein; wenn der Gegner also sofort nach Erhebung der Klage die Urkunde vernichtete, würde er den Eid nicht leisten können[16]). Demgemäß genügt es auch dem § 580 Nr. 7 b, wenn bewiesen wird, daß im Augenblick der Erhebung der Restitutionsklage der Gegner die Urkunde in Händen hatte.

16) Vgl. oben § 36 III.

V. Hingegen ist eine Anwendung des § 444 bei einer auf § 580 Nr. 7 b gestützten Restitutionsklage stets ausgeschlossen; denn § 444 bezieht sich nur auf den Fall, daß vor der Stellung eines Vorlegungsantrags die Urkunde von dem Gegner in böslicher Absicht abhanden gebracht ist[17]). In diesem Fall wäre aber eine Restitutionsklage auf Grund des § 580 Nr. 7 b von vornherein ausgeschlossen, weil ja die Urkunde abhanden gebracht und daher nicht benutzbar ist. Dies Ergebnis entspricht auch offenbar dem Wesen der Rechtskraft, da es nicht angängig ist, daß die Handlungen, die eine Partei nach rechtskräftiger Beendigung des Prozesses und vor Erhebung einer Klage auf Wiederaufnahme vorgenommen hat, vermöge der Beweisregel des § 444 zu ihrem Ungunsten verwertet werden[18]).

VI. Auf Grund des § 580 Nr. 1 ist eine Restitutionsklage statthaft, wenn der Vorlegungseid vorsätzlich oder fahrlässig falsch geschworen ist. Das Urteil muß jedoch auf den Eid gegründet sein, insofern als die Urkunde, bezüglich deren der Eid geschworen ist, „eine ihr (der Partei) günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde".

Sofern der dritte Teil des Vorlegungseides, der Ignoranzeid, falsch geschworen war, so begründet das nur dann eine Restitutionsklage, wenn der Beweisführer den Verbleib der Urkunde sonst nicht kannte und infolge der Verschweigung ihres Verbleibs seitens des Gegners einen Vorlegungsantrag gegen einen Dritten nicht stellen konnte.

Wird wegen falschen Vorlegungseides in die Wiederaufnahme gemäß § 580 Nr. 1 eingetreten, dann befindet sich der Rechtsstreit in der Lage, in welcher er mit der Anord-

---

17) Oben § 36 IV.

18) Dabei zeigt sich wiederum, daß unsere Auslegung von dem Verhältnis zwischen § 427 und § 444 (oben § 36) zutreffend und befriedigend ist.

nung, den Eid zu leisten, sich befunden hatte, und die Hauptsache wird, soweit sie von dem Anfechtungsgrunde betroffen wird, also hinsichtlich des Vorlegungsanspruchs, aber auch nur in diesem Umfang, von neuem verhandelt (§ 590, 1). Der Restitutionskläger (Beweisführer) muß auch jetzt wiederum den Besitz des Gegners beweisen[19]), und für den Besitz sowie die Vernichtung in böser Absicht und das Wissen über den Verbleib der Urkunde ist auch jetzt wiederum der Eid notwendig und einziges zulässiges Beweismittel, so daß der Gegner wiederum Recht und Pflicht hat, den Eid zu leisten[20]).

War das Gegenteil einer der vom Gegner im Vorlegungseid beschworenen Tatsachen der Fall gewesen, so hatte mangels Vorlegung der Urkunde eine Verletzung des prozessualen Vorlegungsanspruchs stattgefunden und der Beweisführer hatte ein Recht darauf, daß als Folgen der Verletzung die Beweisfolgen des § 427 eintraten. Darum allein handelt es sich jetzt also, ob damals im früheren Prozeß ein prozessualer Anspruch bestand und verletzt worden war. Der Gegner hat somit den Eid dahin zu leisten, daß er zur Zeit der früheren Eidesleistung die Ueberzeugung erlangt hatte, daß die Urkunde sich in seinem Besitz befände, daß er damals die Urkunde nicht abhanden gebracht hatte und damals nicht gewußt hatte, wo sie sich befände.

Der Eid bezieht sich daher hinsichtlich des Besitzes ebenso wie hinsichtlich der anderen Eidessätze auf den damaligen Zeitpunkt und der Gegner kann den Eid nicht schwören, wenn er die Urkunde jetzt zwar nicht besitzt, aber damals besessen hat, wie er andererseits das bösliche Abhandenbringen dann

---

19) Die Tatsache, daß eine Bestrafung des Gegners wegen Falscheides erfolgt ist, entbindet nicht den Gegner von der Verpflichtung, das Gegenteil der — zu Unrecht — beschworenen Tatsache zu beweisen. Vgl. Gaupp-Stein Anm. 5 u. 6 zu § 580 und die daselbst Citierten.

20) Vgl. oben § 37 Anm. 15.

abschwören kann, wenn er die Urkunde erst nach der Leistung des ersten Eides abhanden gebracht hat[21]. Wäre man anderer Ansicht und stellte den Vorlegungseid auf die Gegenwart ab, so hätte der Gegner einen derartigen Eid zu schwören, als ob es sich um einen neuen Vorlegungsantrag und -anspruch und nicht um den damaligen handelte. Um einen neuen Vorlegungsanspruch handelt es sich aber lediglich im Falle des § 580 Nr. 7 b, und nur im letzteren Falle hat er einen gewöhnlichen, auf die Gegenwart abgestellten Vorlegungseid zu leisten. Die Fälle des § 580 Nr. 1 und Nr. 7 b sind aber, wie oben I betont, zu trennen und dürfen nicht vermengt werden.

---

3. Abschnitt.

Das Vorlegungsverfahren gegen den Dritten.

§ 40.

Allgemeines; die Vorlegungsgründe für den Dritten.

I. Für den Fall, daß ein Dritter die Urkunde besitzt, hat der Beweisführer einen dem § 430 entsprechenden Vorlegungsantrag zu stellen, der sich, wie oben[1]) dargelegt, von dem Vorlegungsantrag gegen den Gegner nur durch die erforderliche Glaubhaftmachung des Besitzes des Dritten unterscheidet. Durch diesen Vorlegungsantrag wird der prozessuale Vorlegungsanspruch gegen den Dritten geltend gemacht[2]), der bereits von diesem Zeitpunkt an auf den Anspruch Rücksicht zu nehmen hat, natürlich nur, wenn er davon Kenntnis erhält.

---

21) Vgl. auch oben unter V. Der Pflicht zur Leistung des Vorlegungseides kann der Gegner durch nunmehrige Vorlegung entgehen.

1) § 30.

2) Vgl. oben § 34 I.

Die Durchführung dieses Anspruchs zerfällt in zwei Akte, ein Verfahren innerhalb des obschwebenden Hauptprozesses und einen selbständigen Nebenprozeß gegen einen Dritten. Wenn der Vorlegungsantrag in Ordnung ist und die durch die Urkunde zu beweisende Tatsache erheblich, dann wird gemäß § 431, 1 vom Gericht eine Frist zur Vorlegung der Urkunde in einem von dem Beweisführer zu erwirkenden Termin bestimmt. Mit dieser Anordnung stellt das Gericht der Hauptsache nach summarischer Prüfung das Bestehen der prozessualen Pflicht des Dritten fest und bringt gleichzeitig zum Ausdruck, daß es auf die Vorlegung der Urkunde Wert lege und zur Annahme der Vorlegung bereit sei. Nach Erlaß dieser Anordnung ist der erste Akt innerhalb des Hauptprozesses beendet und der Dritte zur Erfüllung des prozessualen Vorlegungsanspruchs auch wirklich verpflichtet. Er kann aber zur Erfüllung seiner Verpflichtung, wie § 429 letzter Halbsatz noch ausdrücklich hervorhebt, nur im Wege besonderer Klage angehalten werden. Daraus folgt jedoch nicht, daß es stets zu dem zweiten Akt, der besonderen Klage, komme, wie man vielleicht annehmen könnte, weil die C.P.O. in § 431, 2 nur den Fall einer besonderen Klage berücksichtigt, und daß der Dritte ein Recht darauf habe, erst dann vorzulegen zu brauchen, wenn er in besonderem Prozeß verurteilt sei. Er hat nur ein Recht darauf, ungeachtet der nach summarischer Prüfung erlassenen Anordnung des Gerichts im Hauptprozeß, seine Verpflichtung zu bestreiten und die Frage seiner Verpflichtung in vollem Umfang in einem besonderen ordentlichen Prozeß nachprüfen zu lassen.

Ob man zur Nötigung des Dritten einen besonderen Prozeß für erforderlich hält oder ihn zum Hauptprozeß zuzieht und dort endgiltig über seine Verpflichtung entscheidet, ist eine Frage der Rechtspolitik. Der Inhalt seiner Pflicht

wird dadurch an sich nicht beeinflußt[3]). Auch in der österr. C.P.O., in der der Dritte zum Hauptprozeß zugezogen wird, ist seine Pflicht prozessual. Nach dem Hannoverschen Entwurf § 389 wurde der Dritte gleichfalls zum Hauptverfahren zugezogen und dort über seine Vorlegungspflicht entschieden, wobei er sogar den Vorlegungseid schwören mußte. Man wird jedoch die Regelung der R.C.P.O. trotz der nicht verkennbaren Verzögerung für die glücklichere halten müssen, nicht so sehr aus dem hier etwas doktrinär klingenden Grunde der Motive[4]), daß niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden solle, als deshalb, weil es nicht richtig ist, über das u. U. erhebliche Vermögensinteresse eines an dem Prozeß Unbeteiligten durch die mit Notwendigkeit summarische Prüfung im Hauptprozeß entscheiden zu lassen.

II. § 356 C.P.O. bestimmt:

> „Steht der Aufnahme des Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegen, so ist auf Antrag eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablaufe das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird“.

Zu diesem § 356 sind die Bestimmungen der §§ 428 ff. lex specialis und finden allein Anwendung, sofern es sich um Urkunden Dritter handelt[5]). Es kann daher insbesondere nicht auf Grund des § 356 eine Frist verlangt werden, ohne daß der den Dritten zur Vorlegung verpflichtende Grund gemäß § 430, 424 Nr. 5 glaubhaft gemacht und ein ordnungsmäßiger Vorlegungsantrag gestellt wird, und selbstverständlich dann nicht, wenn auf Grund des § 431, 2 die Fort-

3) Vgl. oben § 25 IV.

4) S. 269.

5) Damit steht die Bemerkung der Motive S. 244 zu § 356 nicht im Widerspruch.

setzung des Verfahrens angeordnet ist, weil der Vorlegungsprozeß gegen den Dritten vom Beweisführer verzögert worden sei. Hingegen wird man dann immerhin eine Frist auf Grund des § 356 bestimmen dürfen, wenn der Beweisführer einen ordnungsmäßigen Vorlegungsantrag nicht zu stellen vermag und deshalb ein Vorlegungsverfahren von vornherein unmöglich ist, dennoch aber begründete Aussicht besteht, daß der Dritte freiwillig ohne Zwang oder auf Grund öffentlichrechtlicher, nicht civilrechtlicher Vorschriften[6]) die Urkunde, deren Vorhandensein glaubhaft ist, zur Verfügung stellen wird. Für den Fall übrigens, daß ein ordnungsmäßiger Vorlegungsantrag insofern nicht gestellt wird, als der Besitz des Dritten nicht glaubhaft gemacht werden kann, wird nach der österr. C.P.O. § 309 der Dritte nicht zum Hauptverfahren zugezogen, sondern eine Frist bestimmt, damit gegen ihn besonders geklagt werde; eine höchst merkwürdige Bestimmung, indem im Gegensatz zur Reichscivilprozeßordnung gerade dann, wenn der Erfolg des Vorlegungsantrags mangels glaubhaften Besitzes des Dritten am wenigsten sicher ist, eine Frist für den verzögernden Nebenprozeß gewährt wird!

§ 356 hat ferner, als eine allgemein giltige Bestimmung gebend, insoweit zur Anwendung zu kommen, daß nach Fortsetzung des Verfahrens wegen Verzögerung des Vorlegungsprozesses gegen den Dritten oder wegen Ablaufs der Frist zwar die Benutzung der Urkunde, wenn sie dem Beweisführer zur Verfügung steht, noch möglich ist, jedoch nur, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird[7]).

III. Nach § 429 ist der Dritte „aus denselben Gründen" wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet. „Aus denselben Gründen" heißt „aus entsprechenden Gründen" oder, wie die neueste Gesetzessprache etwa sagen würde,

6) Vgl. oben § 2 II.

7) So auch Gaupp-Stein § 431 III.

„die §§ 422 und 423 finden auf die Pflicht des Dritten zur Vorlegung sinngemäße Anwendung". Der Dritte ist hiernach, wie wir bisher auch stets als selbstverständlich im Text hingestellt haben, zur prozessualen Vorlegung verpflichtet, wenn der Beweisführer von ihm nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder Vorlegung verlangen kann, oder wenn er (der Dritte) auf die Urkunde im Prozesse zur Beweisführung Bezug genommen hat, d. h. er ist insoweit verpflichtet, „als er es wäre, wenn er Prozeßgegner wäre"[8]). Schlieckmann sucht nun im Hauptteil seines Buches[9]) den Nachweis zu führen, daß nicht die analogen, sondern unmittelbar dieselben Gründe, die den Gegner verpflichten, auch für die Vorlegungspflicht des Dritten entscheidend sind, d. h. daß der Dritte dann verpflichtet ist, wenn der Beweisführer von dem Gegner nach §§ 422 und 423 (387 und 388 a. F.) die Vorlegung verlangen kann. Nach Schlieckmann ist also der Dritte nicht dann verpflichtet, wenn er verpflichtet wäre, falls er Gegner wäre, sondern, wie es Petersen-Anger zu § 429 zutreffend ausdrückt, dann, wenn der Gegner verpflichtet wäre, wenn er die Urkunde besäße. Da die Schlieckmannsche Ansicht einstimmig von der Literatur abgelehnt worden ist, so erscheint es nicht erforderlich, sie in jedem Punkte zu widerlegen, insbesondere auf die höchst gezwungene Verwertung der Vorarbeiten[10]) näher hinzuweisen. Es ist mit Recht als absurd bezeichnet worden[11]), daß der Dritte dann zur Vorlegung seiner Urkunde verpflichtet sein soll, wenn „die erstbeste Partei irgendwo darauf Bezug nimmt", ebenso wie es absurd ist, daß der Dritte dann verpflichtet sein soll, wenn der Beweisführer nur gegen den Gegner und nicht gegen ihn eine actio

8) So Gaupp-Stein § 429 I.
9) S. 21—40.
10) S. 34 ff.
11) Gaupp-Stein § 429 Anm. 1.

depositi oder eine actio pro socio hat. Es sei nur noch auf folgendes aufmerksam gemacht.

Dem Wortlaut entspricht es viel besser, unter „denselben Gründen“ in § 429 „die entsprechenden“ als genau die gleichen zu verstehen.

Die Schlieckmannsche Ansicht bringt, während sie auf der einen Seite die Vorlegungspflicht des Dritten maßlos erweitert, auf der anderen eine ebenso ungerechtfertigte Beschränkung derselben; denn der Dritte wäre nicht zur prozessualen Vorlegung verpflichtet, wenn der Beweisführer von ihm nach bürgerlichem Recht die Vorlegung verlangen könnte.

Schließlich wendet Schlieckmann gar nicht, wie er behauptet, die §§ 422 ff. unmittelbar an, sondern ganz willkürlich, weder analog noch unmittelbar. Wendete man die §§ 422 ff. unmittelbar an, dann müßte der Dritte dann verpflichtet sein, wenn der Gegner verpflichtet ist. Der Gegner ist aber nur „verpflichtet“, wenn er auch besitzt; in diesem Fall fiele aber natürlich eine Klage gegen den Dritten fort, da er eben nicht besäße, und es bedürfte ihrer auch nicht, da ja der Gegner besäße. Steht aber von vornherein fest, daß der Gegner nicht besitzt, dann ist im Sinne der C.P.O. überhaupt nicht von Vorlegungsgründen die Rede[12]); denn die C.P.O. trennt nicht völlig Vorlegungsgrund und Besitz, sondern für sie in Betracht kommende Vorlegungsgründe sind nur vorhanden, solange das Entstehen eines prozessualen Anspruchs nicht mangels Besitzes ausgeschlossen ist. In diesem Fall, daß kein Besitz auf seiten des Gegners vorhanden ist, sind daher auch für ihn gar keine Vorlegungsgründe vorhanden, so daß dann nicht „dieselben Gründe“ den Dritten verpflichten können. In Wahrheit verpflichtet daher Schlieckmann, wie schon hervorgehoben, nicht aus denselben Gründen, sondern dann, wenn der Gegner

12) Vgl. oben §§ 28 I, 33 V.

verpflichtet wäre, wenn er besäße, aber nicht verpflichtet ist, weil er nicht besitzt. Besonders eklatant zeigt sich die Unhaltbarkeit der Schlieckmannschen Lehre im Falle des § 423; gerade das hält Schlieckmann[13]) für eine besonders schätzenswerte, durch seine Lehre gewonnene Bereicherung, daß der Dritte verpflichtet ist, wenn der Gegner Bezug genommen hat, und gerade hier versagt seine Lehre — bei folgerichtiger Anwendung — sogar, wenn man von Vorlegungsgrund auch dann noch redet, wenn kein Besitz vorhanden ist. Denn nach § 423 ist der Gegner nicht schon dann verpflichtet, wenn er besitzt, sondern ein Vorlegungsgrund ist für ihn überhaupt nur dann vorhanden, wenn er auf eine in seinen Händen befindliche Urkunde Bezug genommen hat, und zwar mit der Behauptung, daß sie in seinen Händen sei[14]). Für den Fall also, daß der Gegner auf eine Urkunde als die eines Dritten Bezug genommen hat, ist für ihn kein Verpflichtungsgrund vorhanden und wäre er nicht einmal dann zur Vorlegung verpflichtet, wenn er sie tatsächlich nachträglich in seinen Besitz bekäme oder bereits zur Zeit der Bezugnahme besäße. Hiernach kann der § 423 überhaupt nicht nach der Schlieckmannschen Lehre Anwendung finden, da der Gegner nicht einmal dann zur Vorlegung verpflichtet wäre, wenn er die Urkunde des Dritten, auf die er Bezug genommen hat, besäße; und so zeigt sich, daß die Schlieckmannsche Lehre sogar in sich selbst widerspruchsvoll ist und nicht einmal rein logisch sich durchführen läßt.

§ 41.

Der Vorlegungsantrag und die Anordnung der Frist und deren Bedeutung für die prozessuale Pflicht des Dritten.

I. Wenn nach Anordnung einer Frist seitens des Gerichts aus § 431 der Dritte die Urkunde nicht freiwillig vorlegt, so

13) S. 30 ff.

14) Vgl. oben § 22 II.

bedarf es der Klage. Die Substantiierung derselben erfordert Behauptung und Beweis der Tatsache, daß im Hauptprozeß gemäß den §§ 428 ff. eine Frist bestimmt ist; ist letzteres nicht der Fall, dann wird die Klage abgewiesen[1]). Dabei ist zu beachten, daß die Klage aus § 429 nur statthaft ist, wenn zuvor in dem Hauptprozeß der prozessuale Vorlegungsanspruch erhoben und nach summarischer Prüfung durch Bestimmung der Frist vom Gericht anerkannt worden ist, daß daher die Tatsache des stattgehabten Vorverfahrens, des ersten Aktes, eine formelle Rechtsschutzvoraussetzung für die Klage selbst, den zweiten Akt, ist. Diese Vorentscheidung ist notwendig und entspricht[2]) etwa der nach preußischem Recht nötigen Vorentscheidung des Oberverwaltungsgerichts, wenn gegen einen Beamten im Zusammenhang mit seiner Amtsführung ein civilrechtlicher Anspruch erhoben wird und die vorgesetzte Behörde den Konflikt erhoben hat, darüber, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe, und präjudiziert auch dem Gericht nur insofern, als das Gericht zwar an die Verneinung der Vorfrage, nicht aber an die Bejahung gebunden ist[3]). Es ist aber ferner zu beachten, daß die Bestimmung der Frist nicht nur eine for-

1) Vgl. unter II den Gegensatz bei der Abweisung, je nachdem überhaupt keine Frist bestimmt oder letztere wieder zurückgenommen war.

2) Wenn sie auch nicht gerade im Interesse des Dritten erfordert wird, sondern, um nicht den Hauptprozeß durch einen aussichtslosen Nebenprozeß aufzuhalten. Damit dieser Zweck erreicht werde, muß aber der Vorlegungsgrund ebenso genau geprüft werden, wie beim Gegner, und kann dessen Prüfung nicht dem Nebenprozeß überlassen werden, so daß die Ansicht Försters (§ 396 a. F. Erl. 1), daß beim Vorlegungsantrag gegen den Dritten mehr die formelle Seite in den Vordergrund trete, unrichtig ist.

3) E.G. z. G.V.G. § 11, preuß. Ges. v. 13. Febr. 1854 (G.S. S. 86, § 114 L.V.G.).

melle Voraussetzung ist, sondern auch Bedeutung für den materiellen Klaggrund des — prozessualen — Vorlegungsanspruchs hat[4]); denn die Bestimmung der Frist drückt gleichzeitig den Wunsch des Gerichts nach der Vorlegung der Urkunde aus und kreiert somit die prozessuale Pflicht des Dritten, nicht in dem Sinn, daß sie nicht schon vorher bestanden hätte, wenn der Antrag begründet war und für begründet erklärt wird, aber insofern, als sie dadurch erst ihren Inhalt erhält und nicht zur Entstehung kommt, wenn der Antrag zwar auch begründet war, aber nicht für begründet erklärt wird[5]).

II. Diese Auffassung hat praktische Bedeutung für den Fall, daß die Anordnung der Fristbestimmung wegfällt oder daß von einer anhängigen gewöhnlichen, materiellrechtlichen Klage zu einer Klage aus § 429 oder umgekehrt übergegangen werden soll.

Wird gegen den Dritten auf Vorlegung vor das Prozeßgericht geklagt, ohne daß eine Frist im Hauptprozeß bestimmt ist, dann ergeht Abweisung der Klage als unzulässig. Wird hingegen die Frist wieder zurückgezogen, weil die Klage gegen den Dritten verzögert werde, oder sonst die Anordnung zurückgenommen, dann werden zwar nicht die einmal vorhanden gewesenen formellen Voraussetzungen wieder beseitigt, wohl aber entfällt damit unter Umständen der Wunsch des Gerichts nach der Vorlegung, und damit wird der prozessuale Vorlegungsanspruch inhaltlos und die Klage als sachlich unbegründet abgewiesen. Dabei ist aber zu bemerken, daß der Dritte, wenn auch seine Pflicht erst durch den Wunsch des Gerichts nach der Vorlegung existent wird, doch so lange verpflichtet bleibt, als eine Benutzung der Urkunde im Haupt-

4) Schlieckmann S. 44 nennt das Vorverfahren fälschlich „Prozeßvoraussetzung" und hebt nicht den materiellrechtlichen Charakter der Fristbestimmung hervor.

5) Vgl. oben § 34 I.

prozeß noch nach Fristablauf gemäß § 356 möglich ist[6]); denn so lange bleibt in der Regel auch der Wunsch des Gerichts nach der Vorlegung bestehen. Hat der Dritte aber infolge seines Verzuges jede Benutzung der Urkunde unmöglich gemacht, so hat er den dem Beweisführer dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen[7]).

Die Frist des § 431, die an sich nach § 230 peremptorisch ist, kann als richterliche Frist nach § 224, 2 verlängert oder verkürzt werden und nach Abs. 1 auch durch Vereinbarung der Parteien; denn wenn auch die Vereinbarung der Parteien an sich nicht die Pflicht des Dritten beeinflussen könnte, so bleibt doch der Wunsch des Gerichts nach Vorlegung bestehen, solange eben ihre Benutzung überhaupt möglich ist.

III. Wenn die Anordnung der Frist in erster Instanz zurückgenommen, in zweiter Instanz aber auf erneuten Vorlegungsantrag wiederhergestellt wird, so kann jetzt, wenn der Prozeß bis dahin zufällig noch nicht durch Abweisung beendigt war, wiederum Vorlegung vor das Prozeßgericht verlangt werden; die Begründung dieses Verlangens ist aber mit einer Klageänderung[8]) verbunden, da dazu ein Plus von Tatsachen, nämlich die Anordnung der zweiten Frist, behauptet und bewiesen werden muß.

Wenn die Frist zurückgenommen wird, so kann der Beweisführer ferner, wenn er daran ein Interesse hat, statt des nicht mehr durchzuführenden prozessualen Vorlegungsanspruchs den materiellen verfolgen; das bedeutet keine Klageänderung, weil ja zur Substantiierung nicht mehr, sondern weniger Tatsachen

---

6) Oben § 40 II.

7) Vgl. oben § 28 III.

8) Auf die allerdings meist § 264 Anwendung finden wird; vgl. jedoch § 527, falls sich die Klage gegen den Dritten in der zweiten Instanz befindet.

— nämlich nicht das Obschweben des Hauptprozesses und die Fristbestimmung — erforderlich sind.

IV. Die Verfolgung des prozessualen Vorlegungsanspruchs erfordert ein rechtliches Interesse des Beweisführers, das Vorlegungsinteresse, und zwar nicht nur bei Ansprüchen auf Grund von § 810 B.G.B.[9]). Dieses besteht in der ernsthaften Verfolgung angeblicher Rechte im Hauptprozeß und bildet einen Teil des Klagegrundes. Der Dritte kann daher, wie wir sahen, das Fehlen eines rechtlichen Interesses bei einem simulierten Prozeß rügen[10]); wenn im Hauptprozeß mangels einer ernsthaften Rechtsverfolgung ein Rechtsschutzbedürfnis nicht bestehen kann, dann fehlt auch für den prozessualen Vorlegungsanspruch das rechtliche Interesse. Der Dritte kann aber nicht die dem Gegner zustehenden Verteidigungsmittel gegen den Hauptanspruch geltend machen, da das zu einer vollständigen Verhandlung über den Hauptanspruch führen würde, und da eben das rechtliche Beweisinteresse vorhanden ist, solange nicht die Nichtexistenz des Hauptanspruchs feststeht. Höchstens wird der Kläger abzuweisen sein, wenn der Richter im Nebenprozeß nach dessen Ergebnissen und den Vorgängen im Hauptprozeß, die im Wege des Urkundenbeweises durch Herbeiziehung der Prozeßakten verwertet werden können, ohne besondere Beweisaufnahme den Hauptanspruch für derart nichtig oder frivol hält, daß der Kläger nicht gut an das Bestehen seines Rechts glauben kann[11]).

V. Die Klage gegen den Dritten ist einfach abzuweisen, wenn er bereits zur Zeit der Erhebung des prozessualen Anspruchs d. h. zur Zeit der Stellung des Antrags[12]) die Ur-

9) Vgl. oben § 26 VI.

10) Oben § 29.

11) Vgl. auch oben § 15 I.

12) Oben § 40 I a. A.

kunde nicht besaß[13]. Ist aber der Nichtbesitz die Folge der Verletzung eines materiellen Anspruchs, dann ist der Uebergang zur materiellrechtlichen Entschädigungsklage zulässig.

§ 42.

Die Durchführung des prozessualen Vorlegungsanspruchs gegen den Dritten.

I. Die Klage aus § 429 gegen den Dritten ist formell durchaus selbständig, wenn sie auch ihre Bedeutung nur dem Hauptprozeß entnimmt. Kläger in dem Nebenprozeß ist daher stets derjenige, der im Hauptprozeß Subjekt des prozessualen Anspruchs ist[1]. Hat der Konkursverwalter auf Grund der zu seiner ausschließlichen Verfügung stehenden materiellen Rechte des Gemeinschuldners den prozessualen Vorlegungsanspruch erhoben, so kann nur er und nicht der Gemeinschuldner den Nebenprozeß betreiben. Hat der Nebenintervenient einen Vorlegungsantrag aus dem Rechte der unterstützten Partei gestellt[2], dann kann nicht er, sondern nur die unterstützte Partei als Inhaberin des Anspruchs die Klage gegen den Dritten erheben. Der Nebenintervenient kann auch nicht den Nebenprozeß wegen dessen formeller Selbständigkeit betreiben, wie Schlieckmann meint[3], ja dort nicht einmal als Nebenintervenient auftreten, da er an dem Obsieg des Intervenienten in dem Nebenprozeß zwar ein tatsächliches, aber kein rechtliches Interesse im Sinne des § 66 hat: denn nur daß die unterstützte Partei im Hauptprozeß siegt, nicht aber daß der Dritte vorlegen muß, ist für seine Rechte und Pflichten von

13) Oben § 28 I.

1) Vgl. oben § 24 I.
2) Vgl. oben § 24 IV.
3) S. 48.

unmittelbarer Bedeutung. Andererseits kann aber nur der Nebenintervenient und nicht die unterstützte Partei in dem Nebenprozeß auftreten, wenn ersterer aus eigenem Rechte den Antrag gestellt hat[2]). Es kann auch nicht, wenn in den Hauptprozeß eine andere Partei eingetreten ist, etwa auf Grund des § 266, diese gleichzeitig in den selbständigen Nebenprozeß eintreten, und zwar nach § 265, 2 selbst dann nicht, wenn sie hinsichtlich des prozessualen Anspruchs Rechtsnachfolger der ausgeschiedenen Partei ist; die ausgeschiedene Partei kann aber nicht mehr den Nebenprozeß betreiben, weil sie nicht mehr Partei im Hauptprozeß ist.

Der Beweisführer kann die ihm auf Grund des § 431 bewilligte Frist, wenn er einen materiellrechtlichen Herausgabeanspruch hat, auch dazu benutzen, um auf Herausgabe statt auf prozessuale Vorlegung zu klagen, da er hiermit ja ein maius erreicht[4]).

Wenn § 431 mit der Anordnung der Frist zur Herbeischaffung der Urkunde auch nur an eine Sistierung des gesamten Prozesses zu denken scheint, so ist es doch unbedenklich und angemessen, daß, wenn die Urkunde nur für einen einzelnen Punkt von Erheblichkeit ist, das Verfahren unbeschadet desselben zunächst fortgesetzt wird und eine gesamte Sistierung erst eintritt, wenn alles bis auf diesen Punkt erledigt ist (vgl. § 146).

Die Kosten des Prozesses gegen den unterlegenen Dritten sind, falls sie nicht von dem Dritten beigetrieben werden können, im Hauptprozeß gemäß § 91 erstattungsfähig, sei es, daß auf materiellrechtliche Herausgabe oder auf prozessuale Vorlegung geklagt ist, wenn nur eine Frist im Hauptprozeß gemäß § 431 bewilligt war, oder auch, wenn wenigstens ohne solche sich aus dem Urteil die Notwendigkeit der Herbeischaffung der Urkunde ergibt; der im Hauptprozeß obsiegende

---

4) Vgl. oben § 26 IV.

Beweisführer wird aber seinem unterlegenen Gegner gegen Zahlung die gegen den Dritten, den Gegner im Nebenprozeß, bestehenden Kostenerstattungsansprüche abtreten müssen.

II. Die Pflicht des Dritten hat denselben Inhalt, wie die des Gegners. Er muß daher an das Prozeßgericht oder auch, wenn letzteres es gemäß § 434 wünscht, an einen beauftragten oder ersuchten Richter vorlegen. Man muß ferner dem Dritten wie dem Gegner zumuten, daß er die Urkunde, wenn eine sachgemäße Benutzung sonst nicht möglich ist, nicht nur im Termin „vorlegt", sondern auf eine angemessene Zeit zu den Gerichtsakten „überreicht" [5]). Denn wenn an sich auch im Interesse und zum Schutze des Urkundeninhabers nicht erfordert wird, daß er die Urkunde aus den Händen gebe, so läuft er doch keine Gefahr, wenn die Urkunde bei dem Gericht einige Zeit verbleibt. Da demnach die Pflicht des Dritten je nach den Bedürfnissen des Hauptprozesses ein wenig individuell zu behandeln ist, auch nicht feststeht, wann die Vorlegung zu erfolgen hat, weil dazu noch Termin anzuberaumen ist, so wird der Tenor des den Dritten verurteilenden Urteils etwas allgemein zu lauten haben:

„N. N. wird verurteilt, das Kassabuch seines unter der Firma N. & Co. betriebenen Juweliergeschäfts, soweit es die Monate April bis Juni 1900 betrifft, in dem vor dem Königl. Landgericht zu X. verhandelten Civilprozeß A/L 4 O 320/03 vorzulegen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen."

Die Frist, die dem Beweisführer nach § 431 zu bewilligen ist, muß ausreichend sein zur Durchführung von Klage und Zwangsvollstreckung. Dabei ist es ebensowenig, wie es zur Klage kommen muß, notwendig, daß es zur Zwangsvollstreckung

---

5) Vgl. § 142, 2. Weigert sich dessen der Gegner, so gilt es nicht als ordnungsmäßige Vorlegung und es treten die Folgen der Nichtvorlegung ein. Vgl. oben § 23 Anm. 3; vgl. auch die Kommentare zu § 434.

komme[6]). Da der verurteilte Dritte erst in einem anzuberaumenden Termin vorlegen kann, so ist eine Zwangsvollstreckung überhaupt erst zulässig, wenn dieser Termin verstrichen ist, ohne daß der Dritte seiner Pflicht nachkam. Es sind daher u. U. für die Vorlegung seitens des Dritten mehrere Termine notwendig, deren Anberaumung auf Betreiben des Beweisführers durch Ladung erfolgt[7]). Durch die Erwirkung dieser erfolglos verlaufenden Termine verzichtet aber der Beweisführer nicht auf die Frist. Erforderlich können u. U. über drei Termine sein, einer, falls der Dritte nach Anberaumung der Frist freiwillige Vorlegung versprochen hatte[8]), nachher aber sein Versprechen nicht hielt, ein zweiter nach Verurteilung des Dritten und weitere Termine für die weiteren Stadien der Zwangsvollstreckung[9]).

Zur Innehaltung der Frist genügt es übrigens, wenn die Anberaumung des letzten zur Vorlegung bestimmten Termins innerhalb der Frist beantragt wird[10]).

III. In dem Vorlegungsantrag gegen den Dritten muß eine bestimmte Person als Urkundeninhaber bezeichnet und deren Besitz glaubhaft gemacht werden. Die Klage gegen einen Dritten aus § 429 ist auch begründet, wenn sich heraus-

6) Vgl. oben § 40 I.

7) Vgl. Fischer, Ladung im Civilprozeß, Gruch. XXV S. 674 f. und die Kommentare.

8) Falls der Dritte zuerst freiwillige Vorlegung versprochen hatte, gab er zu einer Klage zunächst keine „Veranlassung“ im Sinne des § 93; es mußte daher erst der Versuch gemacht werden, ob in einem Termine Vorlegung erfolgen werde, da seine Verpflichtung überhaupt auf Vorlegung erst in diesem ging; vgl. oben § 28 Anm. 6.

9) Vgl. unten § 47 II. Die mehrfachen Termine sind nicht auffällig; auch zur Vernehmung eines säumigen Zeugen kann die Anberaumung mehrerer Beweistermine erforderlich werden.

10) So auch Gaupp-Stein § 431 II. Schlieckmann S. 49 sagt betreffs der Vorlegung des Dritten im Termin nur, daß darüber „das Gesetz schweigt“.

stellen sollte, daß tatsächlich die Urkunde sich bei einer anderen Person befindet, als in dem Vorlegungsantrag irrtümlich angenommen war, oder wenn nach Bestimmung der Frist aus § 431 die Urkunde in andere Hände geraten sollte. Man darf nichts Gegenteiliges daraus entnehmen, daß § 428 sagt „befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen eines Dritten" und § 429 fortfährt „der Dritte (nämlich die in § 428 genannte Person) ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet." Denn diese obendrein nicht zwingende Wortinterpretation würde zu einem öden Formalismus führen, indem bei Wechsel des Besitzes noch einmal das ganze Verfahren im Hauptprozeß wiederholt werden müßte [11]).

Auch wenn der Besitz des Dritten wechselt und der Beweisführer infolgedessen gegen den neuen Erwerber eine neue Klage erheben muß (vgl. u. § 46 I), so muß er doch mit der ihm bewilligten Frist auskommen; doch wird ihm in diesem Fall, namentlich wenn er den Besitz des angeblich neuen Erwerbers glaubhaft macht, gemäß § 224 f. eine Verlängerung der Frist zu gewähren sein. Ist hingegen die Frist ohne Erfolg abgelaufen und der Prozeß fortgesetzt, so ist ein neuer Vorlegungsantrag in Ansehung derselben Urkunde auch gegen eine andere Person als die, welche der erste Vorlegungsantrag als Dritten bezeichnet oder welche bei Ablauf der Frist besessen hatte, in der Instanz stets ausgeschlossen, da nach der ganzen Tendenz des Gesetzes (§§ 431, 2; 433) die eine große Verzögerung hervorrufende Frist nur einmal bestimmt werden darf und die Wiederholung des Vorlegungsverfahrens gegen einen Dritten, als eine Verzögerung hervorrufend, gegen § 356 verstoßen würde (oben § 40 II). Hingegen steht einem neuen

11) Wobei überdies die Bestimmung einer neuen Frist nicht zulässig wäre; vgl. das Folgende.

Vorlegungsantrag gegen einen Dritten in Ansehung derselben Urkunde in der Berufungsinstanz nichts im Wege. Eine Anwendung des § 433 auf einen zweiten Vorlegungsantrag gegen einen Dritten ist übrigens ausgeschlossen, da die Anordnung der ersten Frist gemäß § 431 kein Beweisbeschluß war[12].

Wenn die Urkunde nach Anordnung der Frist aus den Händen einer Privatperson in die einer Behörde oder eines öffentlichen Beamten gelangt, so wird das den — für den Beweisführer nicht unerwünschten — Einfluß haben, daß es vor der Klage zunächst eines Ersuchungsschreibens nach § 431, 1 bedarf[13].

§ 43.

Das Verfahren gegen öffentliche Behörden und Beamte.

I. Sofern sich die Urkunde in den Händen einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten (in seiner Eigenschaft als Beamten natürlich) befindet, sieht § 432 ein besonderes Verfahren vor. Für die hier verfolgten Zwecke[1]) sei folgendes hervorgehoben.

Der Fall des § 432 gilt nur als ein Spezialfall der Inhaberschaft eines Dritten, für den lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen ein besonderes Verfahren in Abs. 1 und 2, bestehend in der Mitwirkung des Gerichts, vorgesehen ist. Daher finden, soweit nicht die Urkunde nach Abs. 1 und 2 erlangt werden kann, nach Abs. 3 die Vorschriften über das gewöhnliche Verfahren gegen den Dritten Anwendung, und es ist auch ohne weiteres der Verpflichtungsgrund des § 423 anwendbar, der zwar in Abs. 2 nicht direkt, aber indirekt durch die Ver-

12) Oben § 33 Anm. 13.

13) Vgl. das Folgende.

1) Das Nähere ist aus den Kommentaren und Lehrbüchern sowie Schlieckmann S. 50 ff. und Huggenberger S. 49 zu entnehmen.

weisung auf § 429 genannt ist[2]); wenn § 423 nicht ausdrücklich erwähnt ist, so liegt das wohl daran, daß Abs. 3 erst in der Reichstagskommission in das Gesetz gekommen ist[3]) und der Antragsteller Struckmann an den allerdings nicht häufigen Fall der Anwendung des § 423 auf den Dritten[4]) nicht gedacht haben mag. Aus dem nachträglichen Einschieben des Abs. 3 in das Gesetz ist es offenbar auch zu erklären, daß bei den Verfahren zur Herbeischaffung von Vergleichungsschriften in § 441 der Abs. 4 des § 441 nur auf § 431 verweist, jedoch den § 432 vergißt, der Abs. 2 hingegen, der nicht das eigentliche Vorlegungsverfahren im Auge hat, den § 432 erwähnt und damit offenbar nur an Abs. 1 und 2 des § 432 denkt; trotzdem ist es nicht zweifelhaft, daß eine Klage zur Vorlegung von Vergleichungsschriften auch gegen öffentliche Behörden und Beamte als Dritte möglich ist[5]).

II. Die Bedeutung des § 432, 2 liegt daher überhaupt nicht darin, daß er den selbstverständlichen Satz wiederholt, daß auch die Behörde und der Beamte Dritter und daher, ebenso wie ein anderer, zur prozessualen Vorlegung verpflichtet sei; das hielten auch bereits die Motive[6]) zu § 384 der Reichstagsvorlage (jetzt § 432) für selbstverständlich, wenn sie sagten:

„Ist nach Maßgabe des § 381 (jetzt 429) eine Verpflichtung zur Edition begründet, so hat das Gericht, wenn dem an die Behörde und an den Beamten ergangenen Ersuchen nicht gewillfahrt wird, dem Editionssucher zu überlassen, die Vorlegung im Wege der Klage zu erzwingen; das Ver-

---

2) So auch Schlieckmann S. 52 f.
3) K.P. S. 159 f.
4) Oben § 22 III.
5) So auch Gaupp-Stein § 441 V.
6) S. 370.

fahren richtet sich alsdann nach den Bestimmungen der §§ 382, 383 (jetzt 430 und 431)".

Der Antragsteller Struckmann hatte vielmehr die auch von dem Regierungsvertreter von Amsberg gebilligte Absicht[7]), durch den Abs. 3 zum Ausdruck zu bringen, daß der Rechtsweg ohne Rücksicht auf landesgesetzliche Kompetenzvorschriften[8]) reichsrechtlich stets zulässig sein solle, wenn für den Fall eines anhängigen Civilprozesses ein prozessualer Anspruch gemäß §§ 428—431 erhoben werde, wie etwa kraft Reichsrechts für Ansprüche der Richter auf Gehaltszahlung der Rechtsweg stets zulässig ist (§ 9 G.V.G). Diese Absicht ist im Gesetz auch deutlich zum Ausdruck gekommen, indem § 432 eben sagt, daß die §§ 428—431 Anwendung finden d. h. eine Klage zulässig sein soll, und sonst vollkommen überflüssig wäre[9]).

§ 432 gibt daher lediglich eine spezielle Ergänzung zu dem Verfahren gegen Dritte, falls Beamte oder Behörden in Betracht kommen; in Abs. 1 und 2 wird bestimmt, daß vor dem regelmäßigen Vorlegungsverfahren ein Antrag zu stellen ist, ein Ersuchungsschreiben seitens des Gerichts zu erlassen, sofern es sich nicht um die in Abs. 2 genannten Urkunden handelt; in Abs. 3 wird für den Fall der Weigerung hinsichtlich des prozessualen Anspruchs die Zulässigkeit des Rechtswegs statuiert.

---

7) K.P. S. 157 f.

8) Z. B. in Preußen die Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden vom 26. Dez. 1808, neu publiziert als Beilage zu der Instruktion zur Geschäftsführung der Regierungen vom 23. Okt. 1817 § 11; vgl. Droop, Der Rechtsweg in Preußen.

9) A. M. Wilmowski-Levy § 397 a. F. Erl. 4, Gaupp-Stein § 432 II, die für die Zulässigkeit des Rechtsweges das Landesrecht entscheiden lassen. Wenn auch die ausdrückliche Erwähnung des § 432 in § 441 Abs. 4 vergessen ist (oben I), so muß man doch im Wege der Analogie schließen, daß auch zur Herbeischaffung von Vergleichungsschriften der Rechtsweg gegen Behörden und Beamte stets zulässig ist.

Abs. 1 gibt der Partei nicht nur das höchst erwünschte Recht, sich der Hilfe des Gerichts zur Herbeischaffung von Urkunden zu bedienen, sondern legt ihr auch die Pflicht dazu auf, indem vor der Betretung dieses Weges eine prozessuale Klage gegen die Behörde oder den Beamten nicht zulässig ist[10]) und das Gericht eine Frist (§ 431) nicht bestimmen darf.

III. Zu Absatz 2, der unnützer Belästigung des Gerichts vorbeugen soll, ist zu bemerken, daß sich die Parteien in der Regel nur Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften zu „beschaffen" d. h. in die Hand zu bekommen imstande sind, hingegen nicht das Original, das sie höchstens einsehen dürfen[11]); soweit es daher, etwa bei Grundbuchakten, hinsichtlich einer Eintragungsbewilligung, aus besonderen Gründen auf das Original ankommt, trifft die Ausnahme des Abs. 2 nicht zu, sondern das Gericht hat mitzuwirken. Das Gericht hat auch ohne weiteres dann mitzuwirken, wenn die Partei beweist, daß ihr die Behörde trotz eines ordnungsmäßigen Antrages die Mitteilung der Urkunde in einem Fall des Abs. 2 verweigert hat[12]), ohne daß der Partei zuzumuten ist, zuerst in dem durch das Gesetz etwa geregelten Instanzenzug[13]) ihr Recht auf Mitteilung der Urkunden durchzufechten.

Die in § 432, 2 genannten Urkunden werden häufig vorlegungspflichtig nach § 810 B.G.B. sein, z. B. beurkundet das Grundbuch Rechtsverhältnisse, die zwischen den Beteiligten und anderen (Eigentümer, Vorbesitzer und Hypothekengläubiger u. s. w.) bestehen; auch in diesem Fall muß sich der Beweisführer erst auf dem gesetzlichen Weg eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift zu verschaffen suchen, danach, wenn die Abschrift verweigert wird, einen Antrag nach Abs. 1 stellen

10) Zulässig ist natürlich stets die materielle Klage auf Herausgabe.

11) Vgl. Gaupp-Stein § 432 III.

12) So auch Gaupp-Stein § 432 III.

13) Z. B. Gr.B.O. §§ 71 ff., F.G. §§ 19 ff.

und kann erst dann nach § 429 klagen, weil die prozessuale Klage gegen Behörden und Beamte stets nur zulässig ist, wenn der Weg des § 432, 1 und 2 vergeblich betreten ist.

Soweit übrigens reichsrechtlich bereits drei richterliche Instanzen für die Mitteilung der Einsicht oder der Abschrift von Urkunden in Angelegenheiten des Grundbuchs oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestellt sind, besteht zwar kein besonderes Bedürfnis noch für den Weg des Prozesses; wenn aber die Urkunde gleichzeitig vorlegungspflichtig nach § 810 B.G.B. ist, so hat der Vorlegungssucher einen Anspruch des Privatrechts, und es ist daher sowohl die materielle Klage, sofern nicht das Landesrecht entgegensteht, als auch stets die prozessuale Klage nach § 432, 3 zulässig [14]).

---

4. Kapitel.

Gemeinsames für den materiellen und prozessualen Vorlegungsanspruch.

1. Abschnitt.

Internationales Recht und Uebergangsfragen.

§ 44.

Internationales Recht.

Im letzten Teil unserer Abhandlung seien noch einige Fragen, die für den materiellen und prozessualen Vorlegungsanspruch Bedeutung haben, für beide gemeinsam behandelt.

I. Für materielle Ansprüche auf Einsicht von Urkunden sind, sofern ausländisches Recht in Frage kommen könnte, die

14) Vgl. oben § 2 zu Anm. 13.

Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung zu bringen, ohne daß hierüber etwas Besonderes zu sagen wäre, da das besondere Rechtsverhältnis, dem der Einsichtsanspruch entspringt, entscheidet.

Sofern es sich um einen Anspruch auf Vorlegung einer Urkunde aus § 810 B.G.B. handelt, mangelt es an einem besonderen Rechtsverhältnis, das Schuldverhältnis entsteht vielmehr kraft Gesetzes auf Grund der in § 810 bestimmten Eigenschaften der Urkunde ohne weiteres durch Geltendmachung [1]. Der Anspruch knüpft daher unmittelbar an den Besitz der Urkunde an. Nach der Nationalität des Eigentümers oder Besitzers kann sich das anzuwendende Recht nicht richten, da das Nationalitätsprinzip nur im Personen-, Familien- und Erbrecht von Bedeutung ist; es bleibt daher nur das Recht des Orts, an dem sich die Urkunde befindet, das forum rei sitae, als maßgeblich übrig, was in der Tat dem Rechtsverhältnis am besten entspricht, um so mehr, als eine gewisse Aehnlichkeit mit einem dinglichen Rechte vorhanden ist, wenn § 810 auch kein solches gewährt. Zu diesem Ergebnis kommt man auch nach dem allerdings nicht Gesetz gewordenen § 2368 des rev. E. II B.G.B.:

„Ein Schuldverhältnis, das auf einem anderen Grunde als auf einem Rechtsgeschäft unter Lebenden oder einer unerlaubten Handlung beruht, wird nach den Gesetzen des Ortes beurteilt, an welchem sich der für die Entstehung des Schuldverhältnisses in Betracht kommende Tatbestand verwirklicht, sofern sich nicht aus den deutschen Gesetzen ein anderes ergibt."

Hiernach würde auch der Ort maßgebend sein, wo sich die Urkunde befindet, da sich dort der „Tatbestand verwirklicht".

Es kommt demnach für alle in Deutschland befindlichen Urkunden § 810 B.G.B. zur Anwendung, gleichviel wem sie

1) Vgl. oben § 5 IV u. V.

gehören, während es natürlich unerträglich wäre, wenn eine in Deutschland befindliche Urkunde vermöge des Nationalitätsprinzips nicht vorlegungspflichtig wäre, weil sie einem Franzosen gehörte und der Code civil keinen allgemeinen Vorlegungsanspruch kennt. Andrerseits kommt bei einer in Frankreich befindlichen Urkunde französisches Recht zur Anwendung, auch wenn Besitzer und Vorlegungssucher Deutsche sind.

Hingegen kann die Frage, ob die in Deutschland befindliche Urkunde einen nach § 810 vorlegungspflichtigen Inhalt hat, ob z. B. ein Rechtsverhältnis in ihr beurkundet ist, u. U. nach ausländischem Recht zu beurteilen sein, nämlich demjenigen Rechte, welches nach internationalem Privatrecht für die Beurteilung der beurkundeten Tatsachen zur Anwendung kommt.

II. Nunmehr fragt es sich, wie es mit der prozessualen Vorlegungspflicht steht. Der Beweisführer kann von Gegner und Drittem nach §§ 422, 423 und 429 prozessuale Vorlegung verlangen, wenn er außerhalb des Prozesses nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts Herausgabe oder Vorlegung der Urkunde verlangen kann, oder wenn der Gegner oder Dritte auf die Urkunde Bezug genommen hat. Man muß hier zwischen den Vorlegungsgründen und der prozessualen Vorlegungspflicht selbst streng unterscheiden.

§ 422 ist hinsichtlich der Gründe der Vorlegung ein Blankettgesetz, welches auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts verweist und ohne das Bestehen solcher Vorschriften ebenso inhaltlos wäre, als § 145 St.G.B., der das Zuwiderhandeln gegen die vom Kaiser zum Schutze der Seeschiffahrt erlassenen Verordnungen unter Strafe stellt, ohne die zu seiner Ausführung ergangenen kaiserlichen Verordnungen. § 422 verweist daher hinsichtlich der Vorlegungsgründe durchaus nicht lediglich auf das deutsche bürgerliche Recht, sondern auch auf dasjenige fremde, welches nach dem maßgebenden internatio-

nalen Privatrecht zur Anwendung kommt, und welches auf Grund deutschen Rechtes angewendet wird; denn wenn auch nicht das E.G. z. B.G.B. Art. 7 ff. alle Fragen des internationalen Privatrechts entschieden hat, so sind doch dessen nach Theorie und Praxis geltende, mehr oder minder anerkannte Sätze Bestandteil des deutschen Rechts, eine den deutschen Richter bindende deutsche Rechtsnorm (Art. 2 E.G. z. B.G.B.), das fremde Recht anzuwenden. Hiernach kommt hinsichtlich der Vorlegungsgründe des § 422 das nach dem internationalen Privatrecht in Betracht kommende Recht zur Anwendung, ganz gleichgültig, ob es sich um den Gegner oder Dritten, um Heraus- gabe- oder Einsichtsansprüche, um ein besonderes Rechtsverhältnis oder die allgemeine Vorlegungspflicht aus § 810 B.G.B. handelt, und ob der Vorlegungspflichtige ein Deutscher oder Ausländer ist. Ganz willkürlich ist insbesondere die von Gaupp-Stein[2]) gemachte Unterscheidung, bei dem eigentlichen Vorlegungsanspruch κατ᾽ ἐξοχήν stets § 810 B.G.B. und bei sonstigen Ansprüchen, z. B. bei Eigentum, das etwaige fremde Recht anzuwenden. Mithin besteht kein Vorlegungsgrund bezüglich einer an sich unter § 810 B.G.B. fallenden, in Frankreich befindlichen Urkunde, auch wenn der sie besitzende Gegner Deutscher ist, da nach dem Obigen das zur Anwendung kommende Privatrecht der Code civil ist[3]).

Insofern ist jetzt sogar eine Einschränkung gegenüber der alten C.P.O. eingetreten. Denn nach § 387 Nr. 2 a. F. war der Vorlegungsgrund der Gemeinschaftlichkeit stets ein pro-

2) § 422 I.

3) Wenn auch im Prozeß bei materiellen Vorlegungsansprüchen, also auch solchen auf Grund des § 810 B.G.B., vom Besitz abstrahiert wird, da der prozessuale Vorlegungsanspruch selbständig Besitz erfordert (oben §§ 28 I, 32), so ist doch daraus selbstverständlich nichts dagegen zu entnehmen, daß für die Anwendbarkeit des § 810 der Aufenthalt der Urkunde entscheidet; denn Aufenthaltsort einer Sache und Besitz sind zwei ganz verschiedene Dinge.

zeßrechtlicher und griff bei jedem in Deutschland verhandelten Civilprozeß durch, ohne daß es auf irgendwelches ausländisches oder inländisches materielles Recht ankam. Ein solcher prozeßrechtlicher Vorlegungsgrund war und ist auch heute noch der Grund der Bezugnahme (§ 423).

III. Das über den Vorlegungsgrund Gesagte gilt in gleicher Weise für den Gegner und den Dritten. Anders steht es mit der Vorlegungspflicht. Die prozessuale Vorlegungspflicht ist nicht identisch mit der materiellrechtlichen, sondern erhält ihren gegenüber der letzteren erheblich veränderten und erweiterten Inhalt[4]) durch das Vorhandensein eines vor deutschem Gerichte verhandelten Civilprozesses und den Wunsch eines deutschen Gerichts nach der Vorlegung. Diese Bedeutung des prozessualen Elements und der deutschen Gerichtsbarkeit kann sich nicht jedem gegenüber ohne Unterschied äußern. Es ist als selbstverständlich zu erachten, daß der Gegner, sei er Kläger oder Beklagter, alle durch den Prozeß hervorgerufenen Lasten und Pflichten auf sich nehmen muß und daher, auch wenn er Ausländer ist oder die Urkunde sich im Auslande befindet, zur prozessualen Vorlegung verpflichtet wird[5]), sofern nach dem Obigen ein Vorlegungsgrund vorhanden ist. Der Dritte[6]) ist hingegen an dem Prozeß ganz unbeteiligt, für ihn können die Vorgänge in dem deutschen Prozeß nur Bedeutung haben und seine Pflichten beeinflussen, wenn er irgendwie der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen ist, wie auch die Zeugenpflicht nur gegenüber solchen Personen besteht, die der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen sind[7]). Die Motive zu § 426 des Preußi-

4) Oben § 26.

5) So auch mit Recht v. Bar, Theorie und Praxis des intern. Privatrechts 2. Aufl. S. 390 Anm. 7 a.

6) Auch der Nebenintervenient, indem er ohne Rechtsnachteil hinsichtlich des schwebenden Prozesses jederzeit aus diesem ausscheiden kann.

7) Vgl. Gaupp-Stein, Vorbem. zu §§ 373 ff. zu Anm. 36 und die dort Citierten.

schen Entwurfs (S. 102) heben bereits hervor, daß gegen Dritte, wenn sie Ausländer sind, die Anwendung der Bestimmungen ausgeschlossen sei, wie auch die im Hannoverschen Entwurf vorgesehene Beiladung des Dritten zur „Tagfahrt" im Hauptprozeß nur auf Inländer Anwendung finden sollte[8]); der Umstand, daß in diesen Entwürfen der Dritte zum Hauptverfahren zugezogen würde, ist ohne Bedeutung, weil dadurch allein der Charakter der Vorlegungspflicht kein anderer war[9]).

Es fragt sich nunmehr, nach welchem Kriterium man hier die Grenzen des Einflusses eines deutschen Prozesses bestimmen soll. Möglich ist entweder ein persönliches oder ein sachliches Kriterium; entweder man hält für prozessual verpflichtet ohne Rücksicht auf den Ort des Verbleibs der Urkunde die der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen, und zwar diejenigen, die sich zur Zeit der Geltendmachung des prozessualen Anspruchs im Gebiet der deutschen Gerichtsbarkeit befinden, wie man am besten auch bei der Zeugenpflicht die Unterworfenheit unter deutsche Gerichtsbarkeit danach beurteilt, ob die betr. Person zur Zeit der Zustellung der Ladung sich im Gebiet deutscher Gerichtsbarkeit befand, oder man hält für prozessual verpflichtet jeden Inhaber einer Urkunde, die sich zur Zeit der Geltendmachung im Gebiete deutscher Gerichtsbarkeit befand, ohne Rücksicht auf Aufenthalt und Nationalität des Inhabers. Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht.

Wir halten das sachliche Kriterium für richtiger; denn die prozessuale Vorlegungspflicht erheischt nicht, wie die Zeugenpflicht, eine individuell-persönliche, sondern eine sachliche, trotz ihrer prozessualen Färbung vermögensrechtliche Leistung; es kommt dem Beweisführer und dem Gericht nur auf die Urkunde selbst an, gleichviel wer ihr Inhaber ist[10]), denn die

8) Vgl. Mot. S. 269.

9) Vgl. oben § 25 IV.

10) Vgl. oben § 42 III.

Urkunde, nicht der Inhaber ist das Beweismittel. Hiernach erstreckt sich die prozessuale Vorlegungspflicht auf jede im Gebiete der deutschen Gerichtsbarkeit befindliche Urkunde, sofern gegenüber ihrem Inhaber ein Vorlegungsgrund vorhanden ist. Dies hat zur Folge, daß im Falle, daß nur ein rein prozeßrechtlicher Vorlegungsgrund besteht, wie bei § 423 oder früher § 387 Nr. 2 a. F., unbeschadet des Bestehens dieses Grundes überhaupt keine Pflicht, weder eine prozessuale noch eine materiellrechtliche, besteht und daher gar nichts verlangt werden kann, sofern die Urkunde im Auslande ist. Maßgebend für die Beurteilung des Aufenthalts im Inlande ist der Augenblick der Geltendmachung des prozessualen Anspruchs nach Bewilligung der Frist des § 431; wenn die Urkunde nachher ins Ausland kommt, so schadet das dem Beweisführer nichts, da der prozessuale Anspruch entstanden und durch Vorgänge nicht beeinflußt wird, die sich ereignen, während der Dritte im Verzug ist[11]).

IV. Das Resultat ist daher, daß für die materiellrechtlichen Vorlegungsgründe das nach dem internationalen Privatrecht maßgebende Recht, für den rein prozeßrechtlichen die lex fori maßgebend ist, daß hingegen aus diesen Vorlegungsgründen eine prozessuale Vorlegungspflicht des Gegners zwar stets, eines Dritten aber nur hinsichtlich im Gebiet deutscher Gerichtsbarkeit befindlicher Urkunden folgt[12]).

---

11) Vgl. oben § 28 III.

12) Der Unterschied zwischen Vorlegungsgrund und -pflicht sowie gleichzeitig zwischen Gegner und Drittem wird sonst nicht gemacht und daher durchgängig ein anderes Resultat gewonnen. Nach Gaupp 2. Aufl. § 387 a. F. II 1 sowie v. Bar II S. 390 gilt für die Editionspflicht der Parteien stets die lex fori. Während v. Bar Gegner und Dritten streng trennt, ist nach Lammasch, Staatsverträge &c. (in v. Holtzendorff, Hdb. d. Völkerrechts Bd. III S. 391) ohne Unterscheidung von Gegner und Drittem stets das Recht des Aufenthalts der Person maßgebend.

Dies Resultat entspricht auch durchaus der Billigkeit; denn es wäre hart und ungerecht, wenn ein im Ausland wohnender Ausländer, an dessen Wohnsitz keine dem § 810 B.G.B. gleichende Bestimmung gilt, auf Vorlegung vor ein deutsches Gericht in Deutschland verklagt und verurteilt werden könnte, wenn gegen ihn ein Gerichtsstand nach § 23 C.P.O. in Deutschland gegeben ist, weil sich hier ein einem Bekannten geliehener Roman befindet. Außerdem würde Deutschland sicherlich im umgekehrten Fall es als einen Eingriff in seine Gebietshoheit betrachten, wenn ein ausländisches Gericht auf Grund eines vor ihm schwebenden Prozesses Vorlegung einer in Deutschland befindlichen Urkunde verlangen wollte, obgleich dies Verlangen nach deutschem bürgerlichen (materiellem) Recht nicht begründet wäre; es würde daher sicherlich in Deutschland mit Recht eine Klage abgewiesen werden, wenn gegen einen Deutschen gemäß § 308 und 309 der österr. C.P.O.[13]) Vorlegung seiner in Deutschland befindlichen Handelsbücher vor das K. K. Landesgericht in Prag verlangt würde, weil der österreichische Beweisführer als Kommanditist des Deutschen das — höchstpersönliche — Recht der Einsicht in die Handelsbücher habe[14]).

§ 45.

Uebergangsfragen.

Aehnliche Erwägungen, wie bei der Betrachtung des internationalen Rechts, greifen bei der Betrachtung der Uebergangsfragen Platz.

I. Bei einem materiellen Anspruch auf Vorlegung oder Einsicht aus einem besonderen Rechtsverhältnis kommen die

---

13) Oben §§ 25 Anm. 2, 40 II.
14) Oben § 26 zu Anm. 4.

für dieses geltenden Vorschriften, also wenn es ein Schuldverhältnis ist (Auftrag, Kauf, Gesellschaft oder dergl.), in der Regel E.G. z. B.G.B. Art. 170 zur Anwendung. Was hingegen den allgemeinen materiellen Vorlegungsanspruch des § 810 anlangt, so entsteht hier das Schuldverhältnis durch die — nach dem 1. Januar 1900 erfolgende — Geltendmachung unmittelbar auf Grund des Gesetzes; § 810 (und auch § 809) B.G.B. findet daher einfach deshalb Anwendung, weil der zu regelnde Tatbestand ebenso, wie bei einer unerlaubten Handlung, sich unter der Herrschaft des B.G.B. ereignet und deshalb die Anwendung von Art. 170 ausgeschlossen ist. Auch Habicht[1]) läßt bei Vorlegung von Sachen, worunter offenbar auch Urkunden verstanden sind[2]), das neue Recht eintreten, da die Pflicht aus dem Besitz, verbunden mit dem Umstand, daß ein anderer ein rechtliches Interesse an der Besichtigung oder Einsicht habe, entspringe. Die Bezugnahme Habichts auf E.G. z. B.G.B. Art. 180 erscheint jedoch nicht zutreffend; denn wenn auch ein bestimmter, nach B.G.B. ebensogut wie im Falle des § 836 B.G.B. zu beurteilender Besitz auf seiten des Urkundeninhabers erfordert wird[3]), so handelt es sich hier bei der Beurteilung des Vorlegungsanspruchs nicht um „ein zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehendes Besitzverhältnis“, d. h. an die Urkunde als körperlichen Gegenstand sich knüpfende tatsächliche Beziehungen zwischen Vorlegungssucher und Urkundeninhaber.

Wenn auch § 810 B.G.B. stets Anwendung findet, so kann doch insofern das alte Recht von Bedeutung sein, als dasselbe für die beurkundeten Tatsachen maßgebend ist, z. B. nach altem Recht die Urkunde nicht im Interesse des Vor-

---

1) Die Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl. S. 182.

2) Vgl. oben § 2 IV.

3) Oben § 31.

legungssuchers errichtet ist oder kein Rechtsverhältnis beurkundet, während dies nach dem B.G.B. der Fall wäre, oder auch umgekehrt[4]). So wäre eine Urkunde, in welcher ein Vertrag zugunsten eines Dritten beurkundet ist, nicht im Interesse des Dritten errichtet und daher nicht zu seinen Gunsten vorlegungspflichtig, wenn feststeht, daß dem unter der Herrschaft des A.L.R. geschlossenen Vertrage der Dritte nicht beigetreten ist (A.L.R. I 5 § 75), während dies bei einem unter der Herrschaft des B.G.B. geschlossenen Vertrage nach § 328 B.G.B. der Fall sein könnte; und eine Urkunde würde umgekehrt ein Rechtsverhältnis beurkunden, wenn die darin beurkundete Wette unter der Herrschaft des gemeinen Rechts, nicht aber, wenn sie unter dem B.G.B. (§ 762) geschlossen wäre.

II. Die prozessuale Vorlegung muß als spezifisch prozessuale Pflicht sofort mit dem Inkrafttreten der Novelle zur C.P.O., also nach Art. 1 des E.G. zu dem Gesetz betr. Aenderung der C.P.O. vom 17. Mai 1898 in Vbd. mit Art. 1 E.G. z. B.G.B. vom 1. Jan. 1900 ab nach der neuen C.P.O. sich richten, da neue Prozeßrechtssätze grundsätzlich auf alle prozessualen Vorgänge Anwendung finden[5]), und um so mehr, als die prozessuale Pflicht erst mit der jeweiligen Geltendmachung entsteht[6]). Umfang und Inhalt der prozessualen Pflicht sind aber durch die Novelle in keiner Weise geändert; verändert sind nur die Vorlegungsgründe des § 387 a. F.[7]), indem § 422 lediglich auf das bürgerliche Recht verweist. Dabei wird wohl § 422 nicht gerade an das alte bürgerliche

---

4) Vgl. § 44 I.

5) Vgl. Gaupp-Stein Art. 1 des E.G. I u. II.

6) So auch Gaupp-Stein Art. 1 des E.G. IV Nr. 21.

7) Nicht des § 388 a. F. = § 423 neu.

Recht denken; aber da er ein Blankettgesetz ist[8]), so berücksichtigt er in hervorragender Weise auch, soweit erforderlich, die nach altem Rechte zu regelnden Privatrechtsverhältnisse und gehört in keiner Weise zu den Vorschriften, welche dadurch, daß die Novelle so gefaßt ist, „als ob vom 1. Jan. 1900 in Deutschland das B.G.B. sofort ausnahmslos auf alle Rechtsverhältnisse Anwendung fände", Schwierigkeiten hervorrufen[9]). Die Frage, ob ein Vorlegungsgrund (Herausgabe- oder Einsichtsanspruch) nach bürgerlichem Recht besteht, entscheidet sich daher nach altem Recht, wenn auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis (z. B. Kauf, Zession, vgl. §§ 444, 402 B.G.B.) das alte Recht Anwendung findet, während der Vorlegungsgrund des § 810 stets zur Anwendung kommen muß. § 422 kommt so (hinsichtlich des Gegners und Dritten) formell stets zur Anwendung, und insoweit hat Gaupp-Stein[10]) recht, wenn er gegen Petersen-Anger polemisiert, der die stets formelle Geltung von § 422 übersicht; aber auch letzterer[11]) hat in der Sache nicht unrecht, wenn er meint, daß es darauf ankommt, ob „bezüglich der nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilenden Vorlegungspflicht das B.G.B. entscheidet"; denn wenn das alte bürgerliche Recht zur Anwendung kommt, dann ist es materiell nicht anders, als wenn § 387 Nr. 1 a. F. noch gälte.

Die Vorlegungspflicht regelt sich daher stets nach dem neuen Recht, während hinsichtlich der Vorlegungsgründe des bürgerlichen Rechts das alte bürgerliche Recht zur Anwendung kommt, soweit für das besondere Rechtsverhältnis nach den

---

8) Oben § 44 II.

9) Vgl. Gaupp-Stein Art. 1 des E.G. III.

10) Der übrigens a. a. O. offenbar vergißt, daß es auch andere Vorlegungsgründe als die des § 810 geben kann.

11) Zu Art. 1 Nr. 20.

Uebergangsbestimmungen des E.G. z. B.G.B. noch altes Recht gilt[12]).

---

2. Abschnitt.

Rechtskraft gegen Dritte und Zwangsvollstreckung.

§ 46.

Rechtskraft gegen Dritte.

I. Wie wir oben gesehen haben, bedarf der materielle Vorlegungsanspruch aus § 810 B.G.B. der Geltendmachung gegen den Besitzer, und es entsteht dann ein obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen Vorlegungssucher und Besitzer, jedoch nur zwischen diesen beiden, während es zur Begründung eines Rechtsverhältnisses mit einem neuen Besitzer der erneuten Geltendmachung bedarf, wenn auch das Vorlegungsrecht diesem gegenüber durchsetzbar ist[1]).

Hieraus folgt die Entscheidung der Frage, ob das rechtskräftige Urteil, das zwischen dem Vorlegungssucher und dem Besitzer ergangen ist, auch gegen den neuen Erwerber der Urkunde wirkt.

Der Vorlegungsanspruch ist ein Anspruch, der gegen den Besitzer als solchen sich richtet, sog. actio in rem scripta[2]). Die Urkunde ist daher im Sinne der §§ 265, 325 „im Streit befangene Sache"[3]). Der Neuerwerber der Sache, der an

---

12) Völlig abweichend Neukamp, Vorbem. zu §§ 415 ff., der stets das alte Recht anwenden will, wenn der Prozeß noch unter der Herrschaft des letzteren anhängig geworden ist.

1) Vgl. oben § 5 IV, V.

2) Oben § 5 VI.

3) Vgl. Gaupp-Stein § 265 III a, § 325 III.

Stelle des zur Zeit der Rechtshängigkeit Besitzenden tritt, wäre daher an sich Rechtsnachfolger, gegen den das Urteil nach § 325 wirkt, da ja der Abs. 2 des § 325 nicht Platz greifen kann, indem der Vorlegungsanspruch auch gegen einen gutgläubigen Erwerber durchgreift. Trotzdem ist die Folge, daß das Urteil gegen den Erwerber vollkommen wirkt und daher nach § 727 vollstreckbar ist, nicht möglich; denn der konkret geltend gemachte Vorlegungsanspruch richtet sich nur gegen denjenigen, gegen den er erhoben ist, und durch diese Geltendmachung kommt ein besonderes obligatorisches Verhältnis gerade mit dieser Person zustande; so richtet sich der Vorlegungsort nach dem Orte, an dem sich die Urkunde zur Zeit der Erhebung des Anspruchs befindet, und nach den besonderen Bedürfnissen und Gründen nicht nur des Vorlegungssuchers, sondern auch des Besitzers[4]). Ein neuer Besitzer hat daher keinen Anlaß, alle diese aus besonderen persönlichen Beziehungen entspringenden Verhältnisse gegen sich gelten zu lassen, wie er auch nicht Anlaß hat, die Urkunde ohne Sicherheit und Kostenersatz vorzulegen, wenn der Vorbesitzer die Einrede im Prozeß nicht geltend gemacht hat.

Der Erwerber ist mithin Rechtsnachfolger nur hinsichtlich des Besitzes und der aus dem Besitz folgenden Pflichten, nicht hinsichtlich der konkreten Obligation und der daraus entspringenden Verhältnisse. Das Urteil gewinnt hinsichtlich seiner nur insoweit Rechtskraft, als dadurch auch für ihn festgestellt wird, daß die Urkunde vorlegungspflichtig ist, nicht aber, daß er auch in der Art vorlegen muß, wie es in dem Urteil ausgesprochen ist, so daß auch von einer Vollstreckbarkeit nach § 727 nicht die Rede sein kann. Es wirkt daher zugunsten des Besitzers, wenn der Vorlegungssucher mit einem aus demselben rechtlichen Interesse entspringenden Vorlegungsanspruch gegen

---

4) Oben § 16 III.

den Vorbesitzer abgewiesen worden ist, wie er gegen sich gelten lassen muß, daß die Urkunde vorlegungspflichtig ist, wenn der Vorbesitzer deshalb verurteilt worden ist.

II. Während wir bisher die Rechtsnachfolge auf der Passivseite des Anspruchs aus § 810 betrachtet haben, so ist über die Rechtsnachfolge auf der Aktivseite, auf seiten des Vorlegungssuchers, nichts Besonderes zu sagen; nur ist zu beachten, daß der Einsichtsanspruch — und damit auch die Rechte aus dem anhängigen Prozeß und dem rechtskräftigen Urteil — nicht ohne das iudicium directum abtretbar ist, andererseits mit der Abtretung des letzteren noch nicht ohne weiteres als abgetreten gilt[5]. Die Einsichtsansprüche aus besonderen Rechtsverhältnissen folgen, wie stets, hinsichtlich der Aktiv- und Passivseite den Regeln des Rechtsverhältnisses.

III. Wenn es sich um einen prozessualen Anspruch und eine Klage aus § 429 handelt, so hängt die Wirksamkeit des Urteils gegen den Rechtsnachfolger von der Natur des Vorlegungsgrundes ab[6], und es gilt über Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gegen einen neuen Besitzer das bezüglich § 810 Gesagte, sofern es sich um einen Vorlegungsgrund aus § 810 handelt[7]. Sofern der Vorlegungsgrund ein dinglicher ist, findet auch § 325, 2 Anwendung, indem bei einem in Ansehung der Rechtshängigkeit gutgläubigen Erwerber der Vorlegungsgrund und damit auch die Wirkung der Rechtskraft des Urteils über den prozessualen Anspruch entfällt. Auch wenn es sich um einen auf Grund dinglichen Rechts erhobenen Vorlegungsanspruch handelt, gilt insofern das bezüglich § 810 Gesagte, als das prozessuale Schuldverhältnis ebenso wie bei

5) S. oben § 11 I.

6) Vgl. oben § 26 V.

7) Auch beim prozessualen Anspruch hat der Dritte das Recht des Kostenersatzes; vgl. oben S. 128 f.

§ 810 erst durch die Geltendmachung des prozessualen Anspruchs entsteht.

§ 47.

Zwangsvollstreckung.

I. Die Zwangsvollstreckung von materiellen Ansprüchen auf Gestattung von Einsicht oder Vorlegung, sowohl auf Grund des § 810 (und 809) als auch auf Grund sonstiger Vorschriften, folgt den Regeln der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen (§§ 887, 888), jedoch nicht denen zur Herausgabe von Sachen (§ 883)[1]; denn bei der Herausgabe bekommt der Gläubiger die Sache vollständig in die Hand, während gerade bei der Vorlegung der Besitzer berechtigt ist, die Sache in seinem Gewahrsam und unter seinem Schutze zu lassen und nur dem Vorlegungssucher diejenige tatsächliche Gewalt über die Sache einräumen muß, die dieser zu seinen Zwecken unumgänglich gebraucht. Durch eine Vollstreckung des zur Vorlegung verurteilenden Erkenntnisses nach Art der Herausgabeansprüche würde der Schuldner aufs empfindlichste geschädigt. Legt der Schuldner nicht vor, so ist der Gläubiger, da die Vorlegung eine an sich fungible Handlung ist, vom Prozeßgericht erster Instanz nach § 887 zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Vorlegung bewirken zu lassen, d. h. sich die Sache heraussuchen zu lassen oder auch selbst herauszusuchen und zu besichtigen; findet der Gläubiger bei der Durchsuchung Widerstand, so ist er berechtigt (und verpflichtet), zur Ueberwindung des Widerstandes sich der Hilfe des Gerichtsvollziehers zu bedienen (§ 892). Dabei ist der Gläubiger auch berechtigt, diejenigen weiteren Maßnahmen (auf Kosten des Schuldners) vornehmen zu lassen, die zur

---

1) So auch Gaupp-Stein § 883 I 1; Dernburg, B.R. 1. u. 2. Aufl. Bd. II § 42 V.

Durchführung der Besichtigung erforderlich sind, z. B. einen dunklen Raum zu beleuchten und dergl. Leistet der Schuldner bei der Vollstreckung einen nicht oder nur verhältnismäßig schwer zu beseitigenden Widerstand, der den Zweck der Besichtigung vereiteln würde, z. B. er erregt in den Räumen, in denen eine schwierigere Prüfung von Handelsbüchern stattzufinden hat, Lärm, so wird dem Gläubiger im Notfall auch gestattet werden müssen, daß er die Urkunden dem Schuldner während der Dauer der Besichtigung ganz wegnimmt. Da die Zwangsvollstreckung sich überhaupt nach den individuellen Verhältnissen des Falles verschieden gestalten wird und sich die Art der Vorlegung nicht bereits im Urteil näher bestimmen läßt, so ist es auch ein Vorteil, daß die Zwangsvollstreckung als solche zur Erwirkung von Handlungen vermöge der Anwendung des § 887 f. in den Händen des Gerichts und nicht des Gerichtsvollziehers ruht.

Wird die Urkunde (oder Sache) bei der Vollstreckung nach § 887 nicht vorgefunden, so ist damit erwiesen, daß die vorzunehmende Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann, sondern ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt und damit der Fall des § 888 vorliegt; der Schuldner ist daher zur Erfüllung seiner Pflicht vom Prozeßgericht durch Geldstrafen oder Haft anzuhalten; es steht ihm aber der jederzeitige Nachweis offen, daß die Handlung nicht mehr ausschließlich von seinem Willen abhängt, z. B. daß die Urkunde untergegangen ist oder daß er sie — wenn auch infolge Verschuldens — nicht mehr besitzt [2]).

II. Für die Vollstreckung des Vorlegungsanspruchs aus § 429 gilt dasselbe, wie für die des materiellen, und zwar sowohl dann, wenn auf Grund eines Einsichtsrechts, als auch

---

2) Vgl. Gaupp-Stein § 888 I 2. Zu beachten ist jedoch § 288 St.G.B.

wenn auf Grund eines Herausgabeanspruchs geklagt worden ist; denn das Urteil lautet eben stets auf Vorlegung und nicht auf Herausgabe[3]). Wenn auf Grund eines materiellen Anspruchs aber auf Herausgabe einer Urkunde geklagt worden ist — in einem gewöhnlichen Prozeß, denn die Klage auf Herausgabe ist stets die materielle und nie die prozessuale[4]) —, so ist selbstverständlich ein derartiger Anspruch auf Herausgabe einer Sache nach § 883 zu vollstrecken und nicht etwa deshalb anders, weil die herauszugebende Sache eine Urkunde ist[5]).

Die Vollstreckung der Klage aus § 429 ist, wie bereits hervorgehoben[6]), erst dann zulässig, wenn der Schuldner in einem auf Betreiben des Gläubigers angesetzten Termine nicht vorgelegt hat. Da bis zu dem nächsten Termin die Vollstreckung möglichst mit Erfolg beendet sein soll, so ist bei einer nach § 887 erfolgenden Vollstreckung die Urkunde dem Schuldner wegzunehmen und auf der Gerichtsschreiberei des Gerichts des Hauptprozesses niederzulegen, weil der Gläubiger nicht die Gefahr in den Kauf zu nehmen braucht, daß der Schuldner die Vorlegung an dem Terminstage vereitelt[7]). Im Falle des Mißerfolgs einer Vollstreckung nach § 887 ist der Schuldner nach § 888 zur Vorlegung in den Terminen anzuhalten.

---

3) So auch Schlieckmann S. 49, Gaupp-Stein § 883 I 1, Petersen-Anger § 883 Erl. 3 und § 429 Erl. 2, Planck, Lb. II S. 256 Anm. 57. A. M. (für Anwendung des § 883) Struckmann-Koch § 429 Erl. 2, Seuffert § 429 Erl. 2, Huggenberger S. 48 f.

4) Ungenau Planck, Lb. II S. 256 Anm. 57, wenn er sagt, nach § 883 sei Vollstreckung nur bei selbständiger Editionsklage auf Herausgabe möglich. Eine solche Klage auf Herausgabe ist aber auch keine materielle „Editionsklage".

5) So auch Gaupp-Stein § 883 I 1.

6) Oben § 42 II.

7) Damit wird die Vollstreckung nicht zu einer solchen nach § 883.

Die Verpflichtung des Schuldners, die Urkunde auf einige Zeit zu den Akten des Hauptprozesses überreichen zu müssen[6]), ist, falls er sie bestreitet, von dem Prozeßgericht erster Instanz als Vollstreckungsgericht auszusprechen; die Vollstreckung ist auch in diesem Fall keine andere, da, selbst wenn man das Ueberreichen als eine zeitweilige „Herausgabe" an das Prozeßgericht auffaßt, die Herausgabe an Dritte nicht nach § 883, sondern als Handlung nach § 887 f. vollstreckt wird[8]). Wenn für die Vorlegung der Urkunde gemäß § 434 Termin vor einem ersuchten oder beauftragten Richter anberaumt wird, so hat der Schuldner dort vorzulegen, und diese Handlung ist dann durch die Vollstreckung zu erzwingen.

Die Zwangsvollstreckung des prozessualen Anspruchs ist auch zulässig nach Ablauf der in § 431 bestimmten Frist, selbst wenn eine Verurteilung nach Ablauf der Frist nicht mehr ergangen wäre[9]); die Vorlegung hat dann jeweils in den einzelnen Terminen des Hauptprozesses zu geschehen, auch wenn dieselben nicht auf Betreiben des Beweisführers anberaumt worden sind.

---

3. Abschnitt.

Der Vorlegungsanspruch im Konkurs.

§ 48.

Der Vorlegungsanspruch als Passivanspruch.

Es bedarf noch zum Schlusse einer Erörterung über den Einfluß des Konkurses auf den Vorlegungsanspruch, und zwar

8) Vgl. Gaupp=Stein § 883 I u. § 887 II 1.
9) Vgl. oben § 41 II.

den materiellrechtlichen wie den prozessualen[1]). Dabei ist zu unterscheiden, ob der Anspruch gegen oder für den Gemeinschuldner bezw. die Konkursmasse besteht (Passivanspruch oder Aktivanspruch), und dann wieder, ob es ein Anspruch auf Grund des § 810 B.G.B. oder sonstiger Vorschriften des bürgerlichen Rechts und ob es ein materiellrechtlicher und prozessualer ist.

I. Da der Anspruch aus § 810 B.G.B. gegen jeden Besitzer wirksam ist, so muß er, wenn er auch nicht dinglich ist, wegen seiner noch weiter gehenden Wirksamkeit auch im Konkurse hinsichtlich der zur Konkursmasse gezogenen Urkunden seine Wirksamkeit behalten; denn er könnte sogar einem Dritten gegenüber, an den der Konkursverwalter die Urkunde veräußert, durchgesetzt werden. Der Anspruch dürfte sich am besten als aussonderungsartig (§ 43 K.O.) auffassen lassen, indem das Recht an dem Inhalt der Urkunde geltend gemacht wird und die Urkunde inhaltlich dem Gemeinschuldner nicht ausschließlich gehört[2]). Eine analoge Anwendung der Aussonderungsansprüche ist nicht ausgeschlossen und bereits vom Reichsgericht in weitgehendem Maße geübt worden[3]). Es macht auch keinen Unterschied, ob das Vorlegungsrecht bereits vor Konkurseröffnung oder erst nachher ausgeübt und damit der Anspruch entstanden ist; denn § 15 K.O. erleidet jedenfalls keine Anwendung, da das Recht nicht auf einer Handlung des Gemeinschuldners und auch nicht auf irgendwelchen Beziehungen zum

1) Vgl. auch oben § 24 III.

2) Eine analoge Anwendung des Absonderungsanspruchs erscheint weniger zutreffend, da man dabei mehr an reelle Befriedigung aus der Sache als körperlichem Gegenstand denkt.

3) In dem bekannten Prozeß Fürst Bismarcks / Wilcke & Priester, R.G. XLV, S. 170 ff., in welchem es sogar ein Aussonderungsrecht an den unzweifelhaft im Eigentum des Gemeinschuldners stehenden photographischen Platten gab.

Gemeinschuldner, sondern gerade auf dem Besitz des Konkursverwalters beruht und unmittelbar auf Grund des Gesetzes erhoben wird.

Dasselbe gilt für den Anspruch aus § 809 B.G.B., sofern ihm ein im Konkurse selbst durchsetzbares indicium directum, insbesondere ein solches, das selbst Aussonderungskraft hat, oder ein solches aus § 810 B.G.B.[4] zugrunde liegt.

Hiernach ist ein Prozeß, der zur Zeit der Konkurseröffnung auf Grund der vorbenannten Ansprüche aus § 810 oder 809 B.G.B. gegen den Gemeinschuldner anhängig ist, ein sog. Passivprozeß über die Aktivmasse, auf den § 11 K.O. Anwendung findet[5].

II. Wenn der Anspruch als prozessualer geltend gemacht wird, sei es gegen den Konkursverwalter als Gegner oder als Dritten, so gelten dieselben Grundsätze; denn der prozessuale Charakter der Vorlegungspflicht tut der Pflicht des Verwalters zur Erfüllung keinen Eintrag, während der Charakter und die Wirksamkeit des Vorlegungsgrundes erhalten bleibt[6]; und die durch den Prozeß hervorgerufene prozessuale

---

4) Vgl. oben § 20 II.

5) Es wird hier die gewöhnliche Einteilung der die Konkursmasse betreffenden Rechtsstreitigkeiten zugrunde gelegt (vgl. Jaeger, Konkursordnung § 10):

1. „Aktivprozesse d. h. Rechtsstreitigkeiten, in denen Vermögensrechte zugunsten des Gemeinschuldners in Anspruch genommen werden" (§ 10 K.K.).
2. „Passivprozesse d. h. Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche gegen den Gemeinschuldner":
   a) Prozesse über gewöhnliche Konkursforderungen, Passivprozeße über die Passivmasse (§§ 12; 144, 2; 146, 3 K.O.);
   b) Prozesse, in denen Aussonderung, Absonderung oder Masseschulden geltend gemacht werden, Passivprozesse über die Aktivmasse (§ 11 K.O.).

6) Vgl. oben §§ 26 V, 46 IV.

Modifikation des Anspruchs richtet sich gegen jeden Besitzer, auch juristische Personen, Aktiengesellschaften, und also auch gegen den Konkursverwalter. Daß der Anspruch gegen den Konkursverwalter als Gegner einfach innerhalb des schwebenden Prozesses geltend gemacht werden kann, folgt auch aus § 43 K.O., wonach Aussonderungsansprüche sich „nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen", also hier nach dem durch die C.P.O. §§ 421 ff. geregelten Vorlegungsverfahren, bestimmen.

III. Zieht der Verwalter die Urkunde, gegen die sich der Anspruch richtet, nicht zur Masse oder ist sie sonst konkursfrei, dann ist der Anspruch gegen den Gemeinschuldner zu verfolgen [7]).

Es begründet für den Anspruch aus § 810 als Aussonderungsanspruch keinen Unterschied, ob das verfolgte rechtliche Interesse vermögensrechtlich und er daher selbst „Vermögensanspruch" ist (§ 3 K.O.) [8]) oder nicht (z. B. in einer Ehestreitigkeit), und ob sich das iud. dir. gegen die Masse richtet oder nicht.

IV. Entspringt der Anspruch auf Einsicht nicht dem § 810 (oder 809), dann ist er in der Regel — auch als prozessualer — rein persönlich; denn soweit er einem dinglichen (oder die Aussonderung begründenden obligatorischen) Recht entspringt, wird und muß dieses ja selbst im Konkurse geltend gemacht werden, so daß die selbständige Geltendmachung des ihm entspringenden Einsichtsanspruchs nicht vorkommen wird. Ist der Anspruch aber rein obligatorisch und fällt er nicht unter § 43 K.O., dann gehört er zu den einfachen Konkursforderungen und teilt das Schicksal von solchen, braucht demnach als solcher nicht reell erfüllt zu werden; die erstrebte

7) Jaeger § 11 Erl. 10.

8) Vgl. oben § 16 Anm. 1, § 27 Anm. 2.

Einsicht gilt dann als „Befriedigung" im Sinne von § 3 K.O. Im Gegensatz zu den Ansprüchen aus § 810 sind hier alle — materiellrechtlichen und prozessualen — Einsichtsansprüche, die nicht „Vermögensansprüche" sind, nach § 3 K.O. von der Beteiligung am Konkursverfahren ausgeschlossen[9]).

V. Wenn der Einsichtsanspruch infolge der Konkurseröffnung nicht erfüllt wird — natürlich kann der Verwalter reell erfüllen, wenn das vorteilhafter ist — so kann als Konkursforderung nicht nur der — häufig minimale oder überhaupt nicht vorhandene — absolute Wert des Anspruchs angemeldet werden, sondern auch das Interesse an der Erfüllung, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Wenn auch die infolge der Konkurseröffnung eintretende Nichterfüllung weder als Unmöglichkeit der Leistung noch als Verschulden aufzufassen ist, so folgt doch der Umstand, daß Schadensersatz liquidiert werden kann, unmittelbar aus der Konkursordnung[10]). Hingegen bestimmt sich die Höhe des Schadens nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, also entweder nach den Beziehungen des Rechtsverhältnisses[11]), aus denen der Einsichtsanspruch entspringt, oder nach den für die Nichterfüllung prozessualer Einsichtsansprüche maßgebenden Vorschriften[12]).

VI. Von jeder Beteiligung am Konkursverfahren sind nach § 63 Nr. 4 K.O. ausgeschlossen Forderungen, die aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen stammen. Auch der Einsichtsanspruch kann unter § 63 Nr. 4 fallen.

---

9) Vgl. Anm. 8.

10) Vgl. hierzu und zum folgenden Jaeger § 26 Erl. 21, § 17 Erl. 44 f.

11) Z. B. B.G.B. § 286 f.

12) Vgl. oben § 28 III.

VII. Für den prozessualen Anspruch ist noch besonders zu bemerken, daß er, wenn einmal entstanden, selbständig und losgelöst ist von den synallagmatischen Beziehungen des Rechtsverhältnisses, dem er entspringt. Der infolge seiner Nichterfüllung im Konkurs an die Stelle tretende Schadensersatz richtet sich daher, wie bereits erwähnt[13]), nach seinen besonderen Vorschriften, wie auch sonst. Er wird daher als solcher nicht dadurch unwirksam und rückgängig gemacht, daß der Kaufvertrag, dem er entspringt, infolge der Ablehnung des Verwalters gemäß § 17 K.O. zusammenfällt[14]). Ebenso schadet es nichts, wenn der Anspruch auf Grund einer Forderung aus Freigebigkeit entstanden ist; denn er ist nicht unmittelbar auf Grund der Freigebigkeit, sondern unmittelbar auf Grund des Gesetzes, des § 422 C.P.O., entstanden.

Nach Konkursausbruch kann jedoch auf Grund eines Einsichtsrechts, das sich in eine Entschädigungsforderung umgewandelt hat, ein prozessualer Anspruch nicht mehr gemäß § 422 C.P.O. gegen den Konkursverwalter entstehen, weder als Gegner noch als Dritten; denn es kann ja die Vorlegung oder Herausgabe der Urkunde eben nicht mehr außerhalb des Prozesses verlangt werden[15]).

Sollte gegen den Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung auf Grund obligatorischen bürgerlichen Rechtsanspruchs ein Vorlegungsantrag gestellt und vor Entscheidung auf den Antrag der Konkurs eröffnet worden sein, so ist der Antrag, falls der Prozeß mit dem Verwalter demnächst weitergeführt wird, für begründet zu erklären; denn der prozessuale Anspruch war bereits durch die Geltendmachung mittels des Vorlegungsantrags entstanden[16]). Den solchergestalt entstandenen Vor-

---

13) Oben V.

14) Vgl. oben § 26 II u. § 49 I.

15) Vgl. auch B.G.B. § 283 Satz 2 Halbsatz 2.

16) Vgl. oben § 34 I.

legungsanspruch muß der Verwalter stets erfüllen; denn auf die Nichterfüllung des prozessualen Anspruchs gegenüber dem Beweisführer, wegen deren kein Schadensersatz liquidiert und der nicht zum Konkurs angemeldet werden kann, steht stets die Strafe des § 427 C.P.O.

§ 49.

Der Vorlegungsanspruch als Aktivanspruch.

I. Wenn es sich um einen zugunsten der Konkursmasse bestehenden Einsichtsanspruch handelt (Aktivanspruch), so fragt es sich, wer ihn geltend machen kann, ob der Verwalter oder der Gemeinschuldner.

Bei einem aus einem besonderen Rechtsverhältnis entspringenden Anspruch ist die Entscheidung einfach; gehört das Recht oder Rechtsverhältnis zur Masse, so ist zur Geltendmachung des Anspruchs, sowohl des materiellen als auch des daraus folgenden prozessualen (gegen Gegner und Dritte), lediglich der Verwalter befugt, andernfalls, wenn das Recht konkursfrei ist, lediglich der Gemeinschuldner. Dabei ist jedoch zu beachten, daß, wenn zugunsten des Gemeinschuldners einmal ein prozessualer Anspruch entstanden ist, dieser nicht dadurch verloren geht, daß nach Konkurseröffnung das zugrunde liegende materielle Recht zur Masse gezogen wird [1]).

Schwieriger ist die Entscheidung bei einem Recht aus § 810. Es ist daran festzuhalten, daß die Voraussetzungen des § 810, abgesehen von dem rechtlichen Interesse, bei dem Gemeinschuldner auch während des Konkurses stets vorliegen, da die Tatsache, daß er einmal Partei der darin beurkundeten Rechtsverhältnisse gewesen ist, stets und deshalb auch während

---

1) Vgl. oben §§ 26 II, § 48 Anm. 14.

des Konkurses bestehen bleibt[2]). Hat der Gemeinschuldner ein rechtliches Interesse, dann kann er den Anspruch aus § 810 auch geltend machen. Führt er daher irgend einen Prozeß, so kann er stets einen Vorlegungsanspruch mit § 810 begründen; denn die Tatsache, daß er den Prozeß führen darf, beweist, daß er das durch den Prozeß gegebene Rechtsschutzinteresse hat[3]). Die folgenden Ausführungen unter II und III| beziehen sich infolgedessen nur auf die Geltendmachung des materiellen Anspruchs aus § 810.

Es fragt sich, welche rechtlichen Interessen der Gemeinschuldner trotz des Konkurses hat und haben kann, welche hingegen nur zur Masse gehören.

Hierbei ist eine weitere Unterscheidung zu machen. Das rechtliche Interesse, um dessentwillen der Vorlegungsanspruch aus § 810 erhoben wird und von dem er abhängig ist, kann entweder darin bestehen, daß Ansprüche für die Masse oder den Gemeinschuldner (Aktivansprüche) erhoben oder gefördert werden sollen, oder darin, daß Ansprüche gegen die Masse oder den Gemeinschuldner (Passivansprüche) abgewehrt werden sollen. Der Anspruch dient daher je nachdem Offensiv- oder Defensivzwecken.

II. Gehört der Rechtskomplex, dessen Verwirklichung die Einsicht dienen soll, zur Masse als Aktivum, dann ist der nach dieser Richtung hin erhobene Vorlegungsanspruch Teil der Masse und der Gemeinschuldner hat ihn nicht, da ihm jedes rechtliche Interesse fehlt und der Konkursverwalter zur Geltendmachung dieses „rechtlichen Interesses“ allein befugt ist. Gehört der Rechtskomplex nicht zur Masse, dann ist der Schuldner auch frei in der Geltendmachung des Anspruchs,

---

2) Vgl. oben § 10 I.
3) Vgl. oben § 26 VI.

ohne daß es darauf ankommt, ob die in der vorlegungspflichtigen Urkunde beurkundeten Rechtsverhältnisse zur Masse gehören oder nicht[4]).

III. Handelt es sich um eine gegen den Gemeinschuldner erhobene Forderung (Passivum), so ist es zunächst zweifellos, daß der Gemeinschuldner das rechtliche Interesse zur Erhebung eines Anspruchs aus § 810 B.G.B. zwecks Abwehr dieser Forderung hat, wenn sie nicht zum Konkurse als Konkursforderung angemeldet wird.

Ist aber die Forderung zum Konkurse angemeldet, dann ist zu unterscheiden, ob der Gemeinschuldner ihrer Feststellung widersprochen hat (§ 144, 2 K.O.) oder nicht. Solange er nicht widersprochen hat, fehlt ihm auch jedes rechtliche Interesse, zur Abwehr dieser Forderung einen Vorlegungsanspruch aus § 810 B.G.B. zu erheben. Hat er widersprochen, ist jedoch die Forderung mangels Widerspruchs des Verwalters und der Gläubiger für den Konkurs wirksam festgestellt worden, dann wird man ihm das rechtliche Interesse zur Erhebung eines Vorlegungsanspruchs nicht versagen können; denn wenn auch der Gemeinschuldner weder seinerseits einen anhängigen Prozeß aufnehmen kann[5]) noch a potiori, wenn kein Prozeß anhängig ist, etwa eine negative Festellungklage erheben könnte, so hat er doch schon jetzt ein Interesse, den materiellen Vorlegungsanspruch auszuüben und sich genau über die Forderung zu informieren und für einen Prozeß zu rüsten, da ja gegen ihn jeden Augenblick geklagt werden kann, sei es durch Aufnahme des anhängigen Prozesses (§ 144, 2 K.O.) oder auch durch Neuanstrengung eines Prozesses seitens des Gläubigers[6]).

---

4) Oben zu Anm. 2.

5) § 144, 2 K.O., s. Erl. 4 bei Jaeger.

6) S. Jaeger, K.O. § 12 Erl. 15.

Wird daher eine Passivforderung sowohl vom Konkursverwalter als auch vom Gemeinschuldner bestritten, so dürfen beide einen materiellen Anspruch aus § 810 ausüben; denn beide haben ein rechtliches Interesse an der Abwehr dieser Forderung. Der Gemeinschuldner ist demgemäß auch zur Fortführung eines anhängigen Aktivprozesses, den der Verwalter nicht aufnimmt, sachlegitimiert.

IV. Handelt es sich um einen prozessualen Anspruch gegen einen Dritten, so ist, wenn auf Grund beliebiger Vorlegungsgründe des § 422 oder 423 C.P.O. zur Zeit der Konkurseröffnung eine Klage aus § 429 C.P.O. für den Gemeinschuldner anhängig ist, wohl zu beachten, daß die Klage aus § 429 formell ein durchaus selbständiger Prozeß ist und daß Kläger in diesem Nebenprozeß nur sein kann, wer Beweisführer im Hauptprozeß ist[7]). Der Prozeß aus § 429 C.P.O. gilt mithin in jedem Fall als Aktivprozeß, auf den § 10 K.O. Anwendung findet, sei es, daß der Hauptprozeß ein Aktivprozeß oder Passivprozeß über die Aktivmasse oder ein Passivprozeß über die Passivmasse ist.

Der Verwalter hat daher in jedem Fall hinsichtlich des Nebenprozesses eine Entscheidung darüber zu treffen, ob er ihn aufnehmen will oder nicht; es kann den Nebenprozeß ferner nach § 10 K.O. nur entweder der Verwalter oder Gemeinschuldner, nicht aber beide zugleich aufnehmen, auch nicht etwa ein bestreitender Gläubiger, der den Hauptprozeß mit dem Anmelder weiter führt (§ 146, 3 K. O.). Wenn der Verwalter die Aufnahme des Nebenprozesses ablehnt, ohne auf den prozessualen Anspruch zu verzichten[8]), so ist der Gemeinschuldner und dessen Gegner befugt, ihn aufzunehmen.

---

7) Oben § 42 I.

8) Vgl. Jaeger § 10 Erl. 2 u. 30.

Hat der Verwalter nun die Aufnahme abgelehnt und ist der Gemeinschuldner in dem Hauptprozeß aus § 10 oder 11 K.O. nicht mehr Partei[9]), so muß er in dem Nebenprozeß stets abgewiesen werden, da er nicht mehr im Hauptprozeß Partei und so nicht mehr zur Erhebung des prozessualen Anspruchs gegen den „Dritten", seinen Prozeßgegner im Nebenprozesse, legitimiert ist; auf diese Weise wird dann der Nebenprozeß aus der Welt geschafft; doch steht es dem Gemeinschuldner frei, den Prozeß durch Uebergang zur materiellen Klage, falls ihm nach dem Vorhergehenden der materielle Anspruch zusteht, zu retten, da dies keine Klageänderung bedeutet[10]).

9) Dadurch, daß der Verwalter den Prozeß aus § 10 K.O. aufgenommen hat; bei einem Passivprozeß über die Aktivmasse (§ 11 K.O.) kann der Gemeinschuldner nie Partei sein.

10) Oben § 41 III.

Quellenregister.

[Die großen Ziffern bezeichnen die Seiten, die kleinen die Anmerkungen.]

I. Früheres Recht.

1. Corpus iuris civilis.

a) Digesten.

b) Codex.

2. Corpus iuris Fridericianum.

3. Allgemeines Landrecht.

4. Sächsisches B.G.B.

5. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

6. Allgemeine Gerichtsordnung.

7. Civilprozeßordnung alter Fassung.

II. Geltendes Reichsrecht.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

2. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

3. Handelsgesetzbuch.

4. Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch.

5. Allgemeine Deutsche Wechselordnung.

6. Civilprozeßordnung.

7. Einführungsgesetz zu dem Gesetz betr. Aenderungen der Civilprozeßordnung vom 17. Mai 1898.

8. Gerichtsverfassungsgesetz.

9. Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

10. Konkursordnung.

11. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

12. Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

13. Grundbuchordnung.

14. Strafgesetzbuch.

15. Strafprozeßordnung.

16. Gewerbeordnung.

§ 35 S. 9
§ 38 9

17. Gesetz über die Presse.

§ 21 S. 65

18. Gesetz über das Verlagsrecht vom 16. Juni 1901.

§ 24 S. 90

19. Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891.

§ 3 S. 8^{10}

20. Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894.

§ 3 S. 8^{10}

III. Partikulares und ausländisches Recht.

1. Preußisches Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit.

Art. 1 S. 8^{11}
" 2 8^{12}

2. Preußisches Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung.

§ 114 S. 227^{3}

3. Preußisches Gesetz betr. die Konflikte u. s. w. vom 13. Februar 1854.

S. 227^{3}

4. Königl. (preuß.) Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden vom 26. Dezember 1808.

S. 238[8]

5. Verordnung des preuß. Handelsministers vom 28. November 1901.

S. 9.

6. Oesterreichische Civilprozeßordnung vom 1. August 1895.

§§	Seite	§§	Seite
302	143[5]	307	109[2], 143[5], 170, 182[2]
304	109[2]	308	109[2], 115, 143[5], 247
305	109[2]	309	129[10], 143[5], 223, 247
306	109[2]		

7. Oesterreichische Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896.

§ 47 S. 170[6]

Sachregister.

[Die großen Zahlen bezeichnen die Seiten, die kleinen die Anmerkungen.]

E.

F.

G.

H.

I.

J.

K.

W.

Z.

Berichtigungen und Zusätze.

Zu streichen:

I. S. 30 Z. 1 v. o. die Klammer.
S. 61 Anm. 2.

Zu lesen:

II. S. 44 Z. 11 v. o. § 93 statt § 94.
S. 51 Z. 1 v. o. Einsichtsrechte statt Einsichtsrede.
S. 54 § 11 Z. 1 v. o. Uebertragung statt Ubertragung.
S. 69 § 16 Ueberschrift Kosten statt Kosten-.
S. 83 Z. 20 v. o. Alternative statt Alterative.
S. 187 Z. 9 u. 10 v. o. 468 statt 467.

Zuzusetzen:

III. Zu S. 152 § 31 a. E.:

VIII. Beim Anspruch aus § 809 ist derjenige Besitzer zur Vorlegung verpflichtet, gegen den das iudicium directum geht, also u. U. sowohl der mittelbare als auch der unmittelbare Besitzer, der mittelbare jedoch stets nur bei facultas exhibendi.

Druck von Ant. Kämpfe, Jena

Abhandlungen
zum
Privatrecht und Civilprozeß
des
Deutschen Reiches.
In zwanglosen Heften
herausgegeben von
Dr. Otto Fischer,
Professor der Rechte an der Universität Breslau.
Zwölfter Band. Zweites Heft.

Die Vorlegung von Urkunden im Prozess.

Von
Dr. Ernst Siegel.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1904.

Druck von Ant. Kämpfe, Jena.